

DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE  
IM STRAFRECHT,  
INSBESONDERE  
IHRE BEDEUTUNG FÜR DIE  
TATBESTANDS- UND IRRTUMSLEHRE

Heinz Keilbach

1964







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE  
IM STRAFRECHT,  
INSBESONDERE  
IHRE BEDEUTUNG FÜR DIE  
TATBESTANDS - UND IRRTUMSLEHRE

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
einer Hohen Juristischen Fakultät  
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München



vorgelegt von  
Heinz Keilbach

München 1964

Referent: Professor Dr. K. ENGISCH  
Correferent: Professor Dr. R. MAURACH

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1964



|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| Einleitung                               | 1  |
| 1. Die Eltern                            | 2  |
| a) Die Eltern als Vorbild                | 2  |
| b) Die Eltern als Autorität              | 3  |
| c) Die Eltern als Partner                | 4  |
| d) Die Eltern als Helfer                 | 5  |
| e) Die Eltern als Berater                | 6  |
| f) Die Eltern als Organisator            | 7  |
| g) Die Eltern als Mediator               | 8  |
| h) Die Eltern als Schlichter             | 9  |
| i) Die Eltern als Vermittler             | 10 |
| j) Die Eltern als Schlichter             | 11 |
| k) Die Eltern als Mediator               | 12 |
| l) Die Eltern als Schlichter             | 13 |
| m) Die Eltern als Mediator               | 14 |
| n) Die Eltern als Schlichter             | 15 |
| o) Die Eltern als Mediator               | 16 |
| p) Die Eltern als Schlichter             | 17 |
| q) Die Eltern als Mediator               | 18 |
| r) Die Eltern als Schlichter             | 19 |
| s) Die Eltern als Mediator               | 20 |
| t) Die Eltern als Schlichter             | 21 |
| u) Die Eltern als Mediator               | 22 |
| v) Die Eltern als Schlichter             | 23 |
| w) Die Eltern als Mediator               | 24 |
| x) Die Eltern als Schlichter             | 25 |
| y) Die Eltern als Mediator               | 26 |
| z) Die Eltern als Schlichter             | 27 |
| 2. Die Kinder                            | 28 |
| a) Die Kinder als Individuen             | 28 |
| b) Die Kinder als Mitglieder der Familie | 29 |
| c) Die Kinder als Partner                | 30 |
| d) Die Kinder als Helfer                 | 31 |
| e) Die Kinder als Berater                | 32 |
| f) Die Kinder als Organisator            | 33 |
| g) Die Kinder als Mediator               | 34 |
| h) Die Kinder als Schlichter             | 35 |
| i) Die Kinder als Vermittler             | 36 |
| j) Die Kinder als Schlichter             | 37 |
| k) Die Kinder als Mediator               | 38 |
| l) Die Kinder als Schlichter             | 39 |
| m) Die Kinder als Mediator               | 40 |
| n) Die Kinder als Schlichter             | 41 |
| o) Die Kinder als Mediator               | 42 |
| p) Die Kinder als Schlichter             | 43 |
| q) Die Kinder als Mediator               | 44 |
| r) Die Kinder als Schlichter             | 45 |
| s) Die Kinder als Mediator               | 46 |
| t) Die Kinder als Schlichter             | 47 |
| u) Die Kinder als Mediator               | 48 |
| v) Die Kinder als Schlichter             | 49 |
| w) Die Kinder als Mediator               | 50 |
| x) Die Kinder als Schlichter             | 51 |
| y) Die Kinder als Mediator               | 52 |
| z) Die Kinder als Schlichter             | 53 |
| 3. Die Familie                           | 54 |
| a) Die Familie als System                | 54 |
| b) Die Familie als Gemeinschaft          | 55 |
| c) Die Familie als Partner               | 56 |
| d) Die Familie als Helfer                | 57 |
| e) Die Familie als Berater               | 58 |
| f) Die Familie als Organisator           | 59 |
| g) Die Familie als Mediator              | 60 |
| h) Die Familie als Schlichter            | 61 |
| i) Die Familie als Vermittler            | 62 |
| j) Die Familie als Schlichter            | 63 |
| k) Die Familie als Mediator              | 64 |
| l) Die Familie als Schlichter            | 65 |
| m) Die Familie als Mediator              | 66 |
| n) Die Familie als Schlichter            | 67 |
| o) Die Familie als Mediator              | 68 |
| p) Die Familie als Schlichter            | 69 |
| q) Die Familie als Mediator              | 70 |
| r) Die Familie als Schlichter            | 71 |
| s) Die Familie als Mediator              | 72 |
| t) Die Familie als Schlichter            | 73 |
| u) Die Familie als Mediator              | 74 |
| v) Die Familie als Schlichter            | 75 |
| w) Die Familie als Mediator              | 76 |
| x) Die Familie als Schlichter            | 77 |
| y) Die Familie als Mediator              | 78 |
| z) Die Familie als Schlichter            | 79 |



## INHALTSVERZEICHNIS

|                                                                   | Seite |
|-------------------------------------------------------------------|-------|
| EINLEITUNG                                                        | 1     |
| ERSTES KAPITEL: Die Schuldmilderungsgründe                        | 2     |
| A. Die Schuld                                                     | 2     |
| I. Allgemeines; vom Wesen der Schuld                              | 2     |
| II. Die Schulselemente                                            | 4     |
| 1. Die Schuldfähigkeit                                            | 4     |
| 2. Vorsatz und Fahrlässigkeit;<br>Bewußtsein der Rechtswidrigkeit | 4     |
| a) Vorsatz und Fahrlässigkeit                                     | 4     |
| b) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit                            | 5     |
| 3. Das normative Schulselement                                    | 6     |
| III. Die gesetzliche Fassung der Schuldmerkmale                   | 7     |
| B. Die Schuldmilderung                                            | 11    |
| C. Die Schuldmilderungsgründe                                     | 11    |
| I. Auszuscheidende Fälle                                          | 12    |
| 1. Qualitative Schuldunterschiede                                 | 12    |
| 2. Schuldunterschiede innerhalb der Normalfälle                   | 14    |
| 3. Strafmilderungsgründe außerhalb der Schuldmilderung            | 16    |
| a) §§ 199, 233 (für den ersten Angreifer)                         | 16    |
| b) § 158                                                          | 17    |
| c) §§ 82, 316 Abs. 2                                              | 17    |
| 4. Sonstige auszuscheidende Fälle                                 | 17    |
| a) § 148                                                          | 18    |
| b) § 236 2. Alt.                                                  | 18    |
| 5. Zusammenfassung                                                | 19    |
| II. Die einzelnen Schuldmilderungsgründe                          | 19    |
| 1. § 157                                                          | 19    |
| 2. §§ 199, 233 (für den Retorquenten)                             | 20    |
| 3. § 213 (in seinem benannten mildernden Umstand)                 | 21    |

|                                                                                                  |    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 4. § 216                                                                                         | 22 |
| 5. § 217                                                                                         | 22 |
| 6. §§ 248a, 264a                                                                                 | 24 |
| 7. § 313 Abs. 2                                                                                  | 24 |
| 8. § 370 Nr. 5                                                                                   | 25 |
| 9. § 26 WStG                                                                                     | 26 |
| III. Die abweichende Meinung Lohners                                                             | 26 |
| IV. Ergebnis                                                                                     | 28 |
| ZWEITES KAPITEL: Die Bedeutung der Schuldmilderungsgründe<br>für die Tatbestandslehre            |    |
|                                                                                                  | 29 |
| A. Verschiedene Tatbestandsbegriffe                                                              | 29 |
| I. Auszuscheidende Bedeutung des Wortes "Tatbestand"                                             | 29 |
| II. Der Deliktstypus                                                                             | 30 |
| III. Der Unrechtstypus                                                                           | 33 |
| IV. Der Schuldtypus                                                                              | 36 |
| V. Der gesetzliche Tatbestand i. S. des § 59                                                     | 37 |
| 1. Normative Elemente                                                                            | 38 |
| 2. Subjektive Merkmale                                                                           | 39 |
| 3. Strafmildernde Umstände                                                                       | 44 |
| B. Die Bedeutung der Schuldmilderungsgründe für die verschiedenen Tatbestandsbegriffe            | 46 |
| I. Die auszuscheidenden Strafzumessungsregeln                                                    | 47 |
| 1. § 213                                                                                         | 47 |
| 2. §§ 199, 233                                                                                   | 47 |
| 3. § 26 WStG                                                                                     | 48 |
| II. Die Schuldmilderungsgründe und der Deliktstypus                                              | 48 |
| 1. Die reinen Rechtswidrigkeitselemente                                                          | 48 |
| 2. Die reinen Schuldmerkmale                                                                     | 49 |
| 3. Die Umstände, die zugleich der Bildung des<br>Rechtswidrigkeits- und des Schuldurteils dienen | 50 |
| III. Die Schuldmilderungsgründe und der Unrechtstypus                                            | 55 |
| IV. Die Schuldmilderungsgründe und der Schuldtypus                                               | 55 |
| V. Die Schuldmilderungsgründe und der gesetzliche<br>Tatbestand i. S. des § 59                   | 55 |

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| DRITTES KAPITEL: Die Bedeutung der Schuldmilderungsgründe<br>für die Irrtumslehre                     | 56 |
| A. Der strafrechtliche Irrtumsbegriff                                                                 | 56 |
| B. Der Gegenstand des Irrtums                                                                         | 57 |
| C. Die Irrtumsarten                                                                                   | 57 |
| D. Die Entscheidungsmöglichkeiten; Überblick über die<br>vorgesprochenen Lösungen                     | 58 |
| I. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen<br>eines Schuldmilderungsgrundes                 | 58 |
| 1. Einheitliche Behandlung aller Fälle                                                                | 58 |
| 2. Unterschiedliche Behandlung einzelner Fälle                                                        | 59 |
| 3. Folgen der irrtümlichen Annahme                                                                    | 60 |
| 4. Wirkung der irrtümlichen Unkenntnis                                                                | 60 |
| II. Der Irrtum über das Bestehen eines Schuldmilderungsgrundes                                        | 61 |
| E. Die eigene Lösung; kritische Stellungnahme zu den bisherigen<br>Erörterungen in Theorie und Praxis | 61 |
| I. Der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen<br>eines Schuldmilderungsgrundes                 | 61 |
| 1. Anwendbarkeit des § 59                                                                             | 61 |
| 2. Analoge Anwendung des § 59                                                                         | 63 |
| 3. Analoge Anwendung der Milderungsvorschriften                                                       | 64 |
| a) Der Irrtum über Schuldumstände                                                                     | 64 |
| aa) Umstände, die die Schuldfähigkeit betreffen                                                       | 64 |
| bb) Umstände, die zum normativen Schulddele-<br>ment gehören                                          | 66 |
| b) Der Irrtum über Rechtswidrigkeitsmerkmale                                                          | 71 |
| 4. Kritik                                                                                             | 78 |
| 5. Zusammenfassung des Ergebnisses                                                                    | 79 |
| II. Der Irrtum über das Bestehen eines Schuldmilderungsgrundes                                        | 80 |
| 1. Der Verbotsirrtum                                                                                  | 80 |
| 2. Das Wahnverbrechen                                                                                 | 81 |
| 3. Wirkung der irrtümlichen Annahme                                                                   | 82 |
| 4. Folgen der irrtümlichen Unkenntnis                                                                 | 83 |

|                                                                        |    |
|------------------------------------------------------------------------|----|
| 5. Ergebnis                                                            | 83 |
| ANHANG: Die Problematik der Schuld-milderungsgründe<br>de lege ferenda | 84 |
| A. Die Notwendigkeit solcher Milderungsvorschriften                    | 84 |
| B. Die Schuld-milderungsgründe als Strafzumessungsregeln               | 84 |
| C. Die gesetzgeberische Lösung der Irrtumsprobleme                     | 85 |
| I. §§ 19 Abs. 2 der E 1960 und E 1962                                  | 85 |
| II. Der eigene Lösungsvorschlag                                        | 87 |
| SCHLUSS                                                                | 89 |

## LITERATURVERZEICHNIS

(Zitierweise unterstrichen)

## I. JURISTISCHE LITERATUR

## LEHRBÜCHER, KOMMENTARE, MONOGRAPHIEN

- Amschl, Alfred, Das Verbrechen des Kindesmordes nach österreichischem Recht, in Gross-Archiv Bd. XXX (1908), S. 71 ff.
- Arndt, Herbert, Grundriß des Wehrstrafrechts, 1958
- v. Bar, Ludwig, Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. II, Die Schuld nach dem Strafgesetze, 1907
- Baumann, Jürgen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1961
- " Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewußtseins, in JZ 1961, S. 564 ff.
- Beling, Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- " Unschuld, Schuld und Schuldstufen, 1910
- " Die Lehre vom Tatbestand, 1930
- " Grundzüge des Strafrechts, 11. Auflage, 1930
- Berner, Albert Fr., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898
- Beyerlein, Herbert, Die irrtümliche Annahme von Unrechts- und Schuld-ausschließungsgründen im Strafrecht und ihr Verhältnis zum Unrechtsbewußtsein, Münchner Diss., 1953
- Binding, Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 2, Schuld, Vorsatz, Irrtum, 1. Hälfte, Zurechnungsfähigkeit, 2. Auflage 1914
- " Bd. 3, Der Irrtum, 1918
- " Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 1907
- " Die Schuld im Deutschen Strafrecht; Vorsatz, Irrtum, Fahrlässigkeit, 1919
- " Über den Irrtum bei Delikten im heutigen Strafrecht und in dem der Zukunft, in GS 81 (1913), S. 19 ff.

- Bischoff, Ernst, Der Geisteszustand der Schwangeren und Gebärenden, in Gross-Archiv, Bd. XXIX (1908) S. 109 ff.
- Bockelmann, Paul, Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, 1949
- " Anmerkung zu einem Urteil des Bundesgerichtshofes, in NJW 1950, S. 830 ff.
- " Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig? in NJW 1955, S. 1417 ff.
- Bruns, Hermann, Kritik der Lehre vom Tatbestand, 1932
- Busch, Richard, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, 1949
- " Über die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 165 ff.
- Cramer, Peter, Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt, 1962, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 6
- Daniel, Alfred, Der Irrtum über Strafminderungsumstände, Tübinger Dissertation, 1910
- Dreher-Lackner-Schwalm, Wehrstrafgesetz, Kommentar, 1958
- Dreher-Maassen, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 3. Aufl., 1959
- Engisch, Karl, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, 1930
- " Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit, 1953
- " Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. 1959
- " Der finale Handlungsbegriff, in "Probleme der Strafrechterneuerung", Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, 1944, (Kohlrausch-Festschrift), S. 141 ff.
- " Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 127 ff.

- Engisch, Karl, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 165 ff.
- " Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in "Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben", Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Bd. I, 1960, S. 401 ff.
- " Besprechung der Schrift "Der Vorsatz bei normativen Tatbestandselementen" von Fritz Eichmann, Strafr. Abh., Heft 255, in MonKrimPsych, Bd. XXI (1930), S. 117 ff.
- " Zum Begriff des Mordes, in GA 1955, S. 161 ff.
- " Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, in ZStW 70, (1958), S. 566 ff.
- Eichmann-Mörsdorf, Lehrbuch des Kirchenrechts, Bd. 2, Sachenrecht, 9. Auflage, 1958
- v. Feuerbach, Anselm, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Auflage, 1847, herausgeg. von C. J. A. Mittermaier
- Finger, August, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Bd. I, 1904
- " Bemerkungen zum Schuldbegriffe, in GS 72 (1908), S. 249 ff.
- Fraeb, W., Besprechung der Schrift von Dr. Hans Hermann Martens: "Der Irrtum über Strafmilderungsgründe", in GS 99 (1930), S. 460
- Frank, Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage, 1931
- " Über den Aufbau des Schuldbegriffs, Sonderabdruck aus der Festschrift der Juristischen Fakultät der Universität Gießen, 1907
- Freudenthal, Berthold, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, 1922
- Furger, Jürg, Unrechtsbewußtsein, Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, Rechtsirrtum, 1958

- Gallas, Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), S. 1 ff.
- Geisler, Heinz, Die Irrtumslehre in der Rechtsprechung und im Schrifttum seit BGH 2, 194, Mainzer Dissertation, 1957
- Gerland, Heinrich, Deutsches Reichsstrafrecht, 2. Auflage, 1932
- Geyer, August, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Recht, 1. Hälfte, Einleitung und Allgemeiner Teil, 1884, 2. Hälfte, Besonderer Teil, 1885
- Goldschmidt, James, Normativer Schuldbegriff, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 428 ff.
- " Der Notstand, ein Schuldproblem, ÖZ 4 (1913), S. 129 ff. (Sonderabdruck, 1913, S. 2 ff.)
- Grünhut, Max, Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 1 ff.
- " Besprechung der 18. Auflage von Franks Kommentar "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", ZStW 52 (1932), S. 126 ff.
- Gummersbach, H., Die wirtschaftliche Not als Begründung für einen Sondertatbestand und die Strafverfolgung der Kindstötung, in NJW 1934, S. 262 ff.
- Hadamik, W., Über die Bewußtseinsstörung bei Affektverbrechern, in MonKrimPsych, Bd. 36 (1953), S. 11 ff.
- Hälschner, Hugo, Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. 1, Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren, 1881
- Hardwig, Werner, Sachverhaltsirrtum und Pflichtirrtum, in GA 1956, S. 369 ff.
- Hartung, Fritz, Der Rechtsirrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in DRZ 1949, S. 342 ff.
- Hegler, August, Zum Wesen der unmittelbaren Täterschaft, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. V, Strafrecht und Strafprozeß, 1929, S. 305 ff.

- Hegler, August, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 251 ff.
- " Die Merkmale des Verbrechens, in ZStW 36 (1915), S. 19 ff. und S. 84 ff.
- " Anmerkung zu einer Entscheidung des Reichsgerichts, in JW 1923, S. 1031 ff.
- Heimberger, Josef, Strafrecht, 1931
- Heims, Eduard, Zur Lehre vom Schuld begriff, in ZStW 40 (1919), S. 580 ff. und S. 743 ff.
- Henkel, Heinrich, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 249 ff.
- v. Hippel, Robert, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, Das Verbrechen, 1930
- " Lehrbuch des Strafrechts, 1932
- " Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in VDA, Bd. III, 1908, S. 373 ff.
- Hirsch, Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 48, 1960
- Höfter, Wolfgang, Absicht als Schuld- und als Unrechtsmerkmal, Münchner Dissertation, 1955
- Kaufmann, Armin, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959
- " Schulfähigkeit und Verbotsirrtum, zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs 1960, in Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 319 ff.
- Kaufmann, Arthur, Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1950
- " Das Schuldprinzip, 1961
- " Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, in JZ 1956, S. 353 ff.
- Kaufmann, Felix, Die philosophischen Grundprobleme der Lehre von der Strafrechtsschuld, 1929

- Kern, Eduard, Grade der Rechtswidrigkeit, ZStW 64 (1952), S. 255 ff.
- " Anmerkung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in JZ 1958, S. 373 ff.
- Klug, Ulrich, Juristische Logik, 2. Auflage, 1958
- Köhler, August, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1917
- " Die Schuld als Grundlage des Strafrechts, in GS 95 (1927), S. 431 ff.
- Kohlrausch, Eduard, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1903
- Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage, 1961
- Kunert, Karl Heinz, Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände, 1958
- Küster, Otto, Zum Wesen der strafrechtlichen Kompensation, in NJW 1958, S. 1659 ff.
- Lange, Richard, Die Schuld des Teilnehmers, insbesondere bei Tötungs- und Wirtschaftsverbrechen, in JR 1949, S. 165 ff.
- " Die Systematik der Strafdrohungen, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, S. 69 ff.
- " Literaturbericht zum allgemeinen Teil des Strafrechts, in ZStW 63 (1951), S. 456 ff.
- Lang-Hinrichsen, D., Zur Problematik der Lehre von Tatbestands- und Verbotsirrtum, in JR 1952, S. 184 ff.
- " Tatbestandslehre und Verbotsirrtum, in JR 1952, S. 302 ff.
- " Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in JZ 1953, S. 362 ff.
- " Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht, in ZStW 73 (1961), S. 210 ff.
- " Anmerkung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in LM § 154 Nr. 61, Bl. 1 ff.

- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch,  
3. Auflage, herausgegeben von Ebermayer,  
Lobe, Rosenberg, 1925
- " Strafgesetzbuch,  
6. Auflage, herausgegeben von Nagler und anderen,  
Bd. I, 1944
- " 8. Auflage, herausgegeben von Jagusch, Mezger,  
Schaefer, Werner,  
Bd. I, 1957  
Bd. II, 1958
- v. Liszt, Eduard, Die vorsätzlichen Tötungen, 1919
- v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts,  
25. Auflage, 1927  
26. Auflage, 1932
- Lohner, Erwin, Irrtümliche Annahme und Nichtannahme privilegieren-  
der und qualifizierender Tatbestandsmerkmale durch  
den Täter, Münchner Dissertation, 1954
- Maihofer, Werner, Der Unrechtsvorwurf, in Festschrift für Theodor Rittler  
zu seinem achtzigsten Geburtstag, 1957, S. 141 ff.
- Marcetius, Karl, Der Gedanke der Zumutbarkeit und seine Verwertung  
in den amtlichen Entwürfen eines allgemeinen Deut-  
schen Strafgesetzbuchs von 1925 und 1927, Strafrechtl.  
Abh., Heft 243, 1928
- Martens, Hans Hermann, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe,  
Strafrechtl. Abh., Heft 246, 1928
- Maurach, Reinhart, Deutsches Strafrecht,  
Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1958  
Besonderer Teil, 3. Auflage, 1959
- Mayer, Hellmuth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
- Mayer, Max Ernst, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,  
Lehrbuch, 2. Auflage, 1923
- Merkel, Paul, Grundriß des Strafrechts, Teil I  
Allgemeiner Teil, 1927

- Merkel, Paul, Schuld, Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, in JW 1925, S. 893 ff.
- Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1934
- Mezger, Edmund, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage 1949
- " Deutsches Strafrecht. Ein Grundriß, 3. Auflage, 1943
- " Strafrecht, Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 9. Auflage, 1960
- " Strafrecht, Besonderer Teil, Ein Studienbuch, 7. Auflage, 1960
- " Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 1950
- " Der Tatbestand im Strafrecht, Festschrift für Iwan Maurović zu seinem sechzigsten Geburtstage, Beograd 1934, S. 293 ff. (Sonderabdruck, 1934, S. 1 ff.)
- " Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in Festschrift für Ludwig Traeger zum siebzigsten Geburtstage, 1926, S. 187 ff.
- " Die subjektiven Unrechtselemente, in GS 89 (1924), S. 207 ff.
- " Die zeitliche Herrschaft der Strafgesetze, in ZStW 42 (1921), 348 ff.
- " Die Reform des Strafrechts, Literaturbericht, ZStW 47 (1927), 471 ff.
- " Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht, in DJZ 1934, S. 97 ff.
- " Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre, in NJW 1953, S. 2 ff.
- Noll, Peter, Übergesetzliche Milderungsgründe aus vermindertem Unrecht, in ZStW 68 (1956) S. 181 ff.
- Niese, Werner, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1951
- " Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, in JZ 1955, S. 320 ff.

- Nowakowski, Friedrich, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955
- " Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in ZStW 63 (1951), S. 287 ff.
- " Rechtsfeindlichkeit, Vorsatz, Schuld, in ZStW 65 (1953), S. 379 ff.
- " Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit, in JZ 1958, S. 335 ff. und S. 388 ff.
- Oehler, Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Berliner juristische Abhandlungen, Bd. I, 1959
- " Die mit Strafe bedrohte tatvorsätzliche Handlung im Rahmen der Teilnahme, in Festschrift der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7. -10. September 1955, 1955, S. 255 ff.
- Oetker, Friedrich, Zum Schuld begriffe. Bemerkungen zu Reinhard Frank, "Über den Aufbau des Schuld begriffs", in GS 72 (1908), S. 161 ff.
- " Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, Leipziger Dissertation, 1876, in GS 93 (1926), S. 3 ff.
- v. Olshausen, Justus, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Erste Lieferung, 12. Auflage, 1942  
Bd. 2, 10. Auflage, 1926
- Ortmann, Rudolf, Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, in GS 29 (1877), S. 241 ff.
- " Zu § 59 des deutschen Strafgesetzbuchs, in GS 30 (1878), S. 31 ff.
- Phleps, Erwin, Irrtum über Strafmilderungsgründe, Kölner Dissertation, 1937
- Radbruch, Gustav, Über den Schuld begriff, in ZStW 24, (1904), S. 333 ff.
- " Zur Systematik der Verbrechenslehre, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, 1930, S. 158 ff.

- Reichel, Hans, Gesetz und Richterspruch, 1915
- Reiff, Hans, Vom Wesen und der Anwendung der Kompensation, in NJW 1958, S. 982 ff.
- Rittau, Martin, Wehrstrafgesetz, 1958
- Rittler, Theodor, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1954
- " Der Grundsatz der Schuldhafung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, in ÖZ 8 (1916-1918), S. 323 ff.
- " Strafbarkeitsbedingungen, in Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 1 ff.
- Rosenfeld, Heinrich, Schuld und Vorsatz im von Lisztischen Lehrbuch, in ZStW 32 (1911), S. 466 ff.
- Roxin, Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 1959
- Sauer, Wilhelm, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Auflage, 1955
- " System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954
- " Die beiden Tatbestandsbegriffe, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 117 ff.
- Schaffstein, Friedrich, Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum, in Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle, 1961, S. 175 ff.
- " Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre, in MDR 1951, S. 196 ff.
- Schmidhäuser, Eberhard, Gesinnungsmerkmale im Strafrecht, 1958
- Schmidt, Eberhard, Die Sache der Justiz, 1961
- " Strafzweck und Strafzumessung in einem künftigen Strafgesetzbuch, in Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, S. 9 ff.
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Auflage, 1961
- Schoetensack, August, Retorsion, in VDA, Bd. II, 1908, S. 397 ff.
- Schröder, Horst, Auslegung, Analogie und Gewohnheitsrecht im Strafrecht, in MDR 1947, S. 85 ff.

- Schröder, Horst, Der Aufbau der Tötungsdelikte, in SJZ 1950, Sp. 560 ff.
- " Vorsatz und Schuld, in MDR 1950, S. 646 ff.
- " Tatbestands- und Verbotsirrtum, in MDR 1951, S. 387 ff.
- " Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach dem BGH, in MDR 1953, S. 70 ff.
- " Die Irrtumsrechtsprechung des BGH, in ZStW 65 (1953), S. 178 ff.
- Schudt, Rolf, Die subjektiven Unrechtselemente in der neueren Strafrechtsentwicklung, Münchner Dissertation, 1952
- Schumacher, Oskar, Um das Wesen der Strafrechtsschuld, Hamburgische Schriften zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Heft 10, 1927
- Schwarz, Otto, Erwiderung von Beleidigungen (§ 199), in NJW 1958, S. 10 f.
- Schwarz-Dreher, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 24. Auflage, 1962
- v. Schwarze, Oskar, Commentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, 5. Auflage, 1884
- Schweikert, Heinrich, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen, Bd. 9, 1957
- Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch nebst Kriegssonderstrafrechtsverordnung, 6. Auflage, 1944
- Siegert, Karl, Notstand und Putativnotstand, 1931
- Sieverts, Rudolf, Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934
- Stock, Ulrich, Zur Abgrenzung von Mord und Totschlag, in SJZ 1947, Sp. 529 ff.
- Studtucker, Hans, Der gegenwärtige Stand der wissenschaftlichen Auseinandersetzung über die Irrtumslehre, Erlanger Dissertation, 1957

- Tesar, Otto, Gesetzestechnik und Strafrechtsschuld, in ZStW 32 (1911), S. 379 ff.
- Thierfelder, Rudolf, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Strafrechtl. Abh., Heft 308, 1932
- v. Ullmann, Emanuel, Überschwemmung (§§ 312-314 RStrGB), in VDB, Bd. IX, 1916, S. 79 ff.
- Wachenfeld, Friedrich, Lehrbuch des Strafrechts, 1914
- " Die Tötungsdelikte in dem neuen Strafgesetzentwurf, in GA 70 (1926), S. 257 ff.
- Wallach, Hans, Zur Lehre vom Kindsmord, Kölner Dissertation, 1932
- Warda, Günter, Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen, 1955
- " Die Verbotsirrtumsregelung des § 31 WiStG in ihrer Abgrenzung gegen die allgemeine Irrtumsbestimmung des § 59 StGB, in JR 1950, S. 546 ff.
- v. Weber, Hellmuth, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, 1948
- " Negative Tatbestandsmerkmale, in Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, 1954, S. 183 ff.
- " Teilnahme an Mord und Totschlag, in MDR 1952, S. 265 ff.
- Wegner, Arthur, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1951
- Welzel, Hans, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl., 1960
- " Das neue Bild des Strafrechtssystems, 4. Aufl. 1961
- " Um die finale Handlungslehre, in der Zeitschrift "Recht und Staat", Heft 146 (1949), S. 1 ff.
- " Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, Sp. 368 ff.
- " Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, in NJW 1952, S. 564 ff.
- " Die Systematik der Tötungsdelikte, in JZ 1952, S. 72 ff.

- Welzel, Hans, Zur Dogmatik der echten Unterlassungsdelikte, insbesondere des § 330 c StGB, NJW 1953, S. 327 ff.
- " Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme (Tatbestands-, Verbots- und Subsumtionsirrtum), in JZ 1954, S. 276 ff.
- " Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in ZStW 67 (1955), S. 196 ff.
- Wendt, Anmerkung zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in JZ 1951, S. 723 ff.
- Wolf, Erik, Strafrechtliche Schuldlehre, 1. Teil 1928
- " Der Sachbegriff im Strafrecht, in "Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. V, Strafrecht und Strafprozeß, 1929, S. 44 ff.
- " Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Tatbestandselementen für den Irrtum über Strafmilderungsgründe, Bemerkungen zu der Schrift von Dr. Hans Herrmann Martens "Der Irrtum über Strafmilderungsgründe", in MonKrimPsych XX (1929), S. 665 ff.
- Zimmerl, Leopold, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930
- " Zur Lehre vom Tatbestand, Strafrechtl. Abh., Heft 237, 1928

## GESETZESMATERIALIEN:

Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,

- Bd. 1, Grundsatzfragen, 1.- 13. Sitzung, 1956
- Bd. 2, Allgemeiner Teil, 14. - 25. Sitzung, 1958
- Bd. 7, Besonderer Teil, 67. - 75. Sitzung, 1959
- Bd. 12, Zweite Lesung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, 115. - 143. Sitzung, 1959

## Materialien zur Strafrechtsreform

Bd. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954

Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs (abgeschlossen im Dezember 1956), E 1956 mit Begründung, 1958

- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1960  
mit Begründung, 1960
- Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962  
mit Begründung, 1962

## II. PHILOSOPHISCHE UND PSYCHOLOGISCHE LITERATUR

- Bumke, Oswald,                    Gedanken über die Seele, 4. Aufl., 1948
- Kant, Immanuel,                Die Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in Kants Gesammelten Schriften, herausgegeben von der königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften, Erste Abteilung, Werke, Sechster Band, 1907
- Kretschmer, Ernst,              Medizinische Psychologie, 10. Auflage, 1950
- Lersch, Philipp,                Aufbau der Person, 8. Aufl., 1962
- Roffenstein, Gaston,           Das Problem des Unbewußten, 1923
- von Schiller, Friedrich,      Über naive und sentimentalische Dichtung.  
in Schillers Werke nach der von Ludwig Bellermann besorgten Ausgabe, neubearbeitet von Benno v. Wiese, 9. Bd., S. 277 - 385.

Die Bezeichnung a. a. O. wurde in den Fußnoten nur verwendet, wenn das betreffende Werk in derselben Anmerkung bereits zitiert worden ist.

Die im Text angeführten Paragraphen sind, soweit nicht anders bezeichnet, die des Strafgesetzbuches.

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

|                               |                                                                                                                |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| a. A.                         | = anderer Ansicht                                                                                              |
| a. a. O.                      | = am angeführten Ort                                                                                           |
| abl.                          | = ablehnend                                                                                                    |
| a. F.                         | = alte Fassung                                                                                                 |
| Alt.                          | = Alternative                                                                                                  |
| Art.                          | = Artikel                                                                                                      |
| AT                            | = Allgemeiner Teil                                                                                             |
| Bd.                           | = Band                                                                                                         |
| BGBI                          | = Bundesgesetzblatt                                                                                            |
| BGHSt                         | = Amtliche Sammlung der Entscheidungen des<br>Bundesgerichtshofs in Strafsachen                                |
| BT                            | = Besonderer Teil                                                                                              |
| ders.                         | = derselbe                                                                                                     |
| dies.                         | = dieselben                                                                                                    |
| DJZ                           | = Zeitschrift "Deutscher Juristentag"                                                                          |
| DR                            | = Zeitschrift "Deutsches Recht"                                                                                |
| GA                            | = Goldhammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß                                                            |
| GS                            | = Zeitschrift "Der Gerichtssaal"                                                                               |
| Gross-Archiv                  | = Archiv für Kriminologie, herausgegeben von<br>Hans Gross                                                     |
| H.                            | = Heft                                                                                                         |
| i. S.                         | = im Sinne                                                                                                     |
| JGG                           | = Jugendgerichtsgesetz vom 4. August 1953<br>(BGBI I, S. 751)                                                  |
| JR                            | = Zeitschrift "Juristische Rundschau"                                                                          |
| JW                            | = Zeitschrift "Juristische Wochenschrift"                                                                      |
| JZ                            | = Zeitschrift "Juristenzeitung"                                                                                |
| Lb                            | = Lehrbuch                                                                                                     |
| LK                            | = Leipziger Kommentar                                                                                          |
| MDR                           | = Zeitschrift "Monatsschrift für deutsches Recht"                                                              |
| Menschenrechts-<br>konvention | = Konvention zum Schutze der Menschenrechte und<br>Grundfreiheiten vom 4. 11. 1950 (BGBl. 1952, II,<br>S. 686) |
| m. E.                         | = meines Erachtens                                                                                             |
| MonKrimPsych                  | = Zeitschrift "Monatszeitschrift für Kriminalpsychologie<br>und Strafrechtsreform"                             |
| MStGB                         | = Militärstrafgesetzbuch vom 20. 6. 1872                                                                       |

|                   |                                                                                                                                                                        |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| NJW               | Zeitschrift "Neue Juristische Wochenschrift"                                                                                                                           |
| OGHSt             | = Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die<br>Britische Zone in Strafsachen                                                                                    |
| ÖZ                | = Österreichische Zeitschrift für Strafrecht                                                                                                                           |
| RGSt              | = Amtliche Sammlung der Entscheidungen des<br>Reichsgerichts in Strafsachen                                                                                            |
| RGBl              | = Reichsgesetzblatt                                                                                                                                                    |
| SJZ               | = Zeitschrift "Süddeutsche Juristenzeitung"                                                                                                                            |
| StPO              | = Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877                                                                                                                               |
| Strafrechtl. Abh. | = Strafrechtliche Abhandlungen, herausgegeben<br>von August Schoetensack                                                                                               |
| StuB.             | = Studienbuch                                                                                                                                                          |
| VO                | = Verordnung                                                                                                                                                           |
| vgl.              | = vergleiche                                                                                                                                                           |
| VDA               | = Vergleichende Darstellung des deutschen und<br>ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil                                                                           |
| VDB               | = Vergleichende Darstellung des deutschen und<br>ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil                                                                            |
| WStG              | = Wehrstrafgesetz vom 30.3.1957 RGBl I 298                                                                                                                             |
| WiStG             | = Wirtschaftsstrafgesetz der Bundesrepublik Deutschland<br>vom 26.7.1949, jetzt Gesetz zur Vereinfachung des<br>Wirtschaftsstrafrechts vom 25. März 1952 (BGBl. I 190) |
| ZStW              | = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft                                                                                                                  |
| zust.             | = zustimmend                                                                                                                                                           |

## EINLEITUNG

Probleme der strafrechtlichen Schuld sind immer wieder Gegenstand wissenschaftlicher Arbeiten. Und doch wird gerade dieses Gebiet der strafrechtlichen Dogmatik nie endgültig geklärt sein, schon wegen seines unmittelbaren Zusammenhangs mit der philosophischen Erkenntnishaltung jeder Zeit. Aus diesem Grunde und weil eine zusammenfassende Arbeit bisher fehlt, erscheint eine systematische Behandlung der Schuldmitigerungsgründe nicht ohne Wert, auch wenn diese Milderungsfälle hinsichtlich der auftretenden Irrtumsfragen in Monographien und Dissertationen bereits verschiedentlich erörtert wurden <sup>1)</sup>. Vor allem blieb stets die Bedeutung der Schuldmitigerungsgründe für die Tatbestandslehre unberücksichtigt. Schon 1929 forderte Erik Wolf <sup>2)</sup> die eingehende Untersuchung dieser Fragen als eine Voraussetzung für die Lösung der Irrtumsproblematik - bisher leider ohne Erfolg. Da auf dem Gebiet der Lehre vom Tatbestand im letzten Jahrzehnt besonders fruchtbar gearbeitet wurde, kann zumindest dem Teil dieser Arbeit, der sich mit dem Verhältnis zwischen dem Verbrechenselement Tatbestand und den Schuldmitigerungsgründen auseinandersetzt, eine gewisse Aktualität nicht abgesprochen werden.

---

1) Daniel, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, Tübinger Diss. 1910; Lohner, Irrtümliche Annahme und Nichtannahme privilegierender und qualifizierender Tatbestandsmerkmale durch den Täter, Münchner Diss., 1954; Martens, Der Irrtum über Strafmilderungsgründe, Strafr. Abh. H. 246, 1928; Phleps, Irrtum über Strafmilderungsgründe, Kölner Diss., 1937

2) MonKrimPsych XX, 665

## ERSTES KAPITEL DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE

### A. DIE SCHULD

#### I. ALLGEMEINES; VOM WESEN DER SCHULD

Über die Schuldmilderungsgründe kann erst etwas ausgesagt werden, wenn geklärt ist, was unter dem Begriff "Schuld" verstanden wird. Eine kurze Darstellung der Schuldlehre erscheint deshalb unerlässlich. Dabei wird nicht der Anspruch der Originalität erhoben. Angesichts der Fülle dessen, was von hervorragenden Juristen über die Schuld gesagt worden ist, erscheint es nicht nötig und - zumindest in einer solchen kurzen Zusammenfassung - auch nicht möglich, Neues zu bringen. Es muß aber als Ausgangspunkt dieser Arbeit ein Bekenntnis zu einem Schuldbe-  
griff abgelegt werden, wobei die Darlegungen auf die wichtigsten Punkte zu be-  
schränken sind.

Die Schuld ist ein allgemein menschliches Problem, das nicht auf die Rechtsord-  
nung beschränkt ist. Sie ist in allen Normbereichen zu finden, die die Wertung  
menschlichen Verhaltens zum Gegenstand haben. In der Religion handelt es sich  
um die Schuld gegen Gott, in der Ethik um die Schuld gegen das eigene Gewissen  
und im Recht um die Schuld gegen den in der Rechtsordnung verkörperten Gemein-  
schaftswillen <sup>1)</sup>. Weiter findet sich der Begriff der Schuld auf allen Gebieten der  
Rechtsordnung. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die Schuld im  
Bereich des materiellen Strafrechts.

Die Schuld ist im materiellen Strafrecht ein Verbrechenselement. Aufbauend auf  
den beiden übrigen Verbrechensmerkmalen "Tatbestand" und "Rechtswidrigkeit"  
hat sie die Bewertung <sup>2)</sup> menschlichen Verhaltens zum Gegenstand. Das Schuldur-  
teil kann erst gefällt werden, wenn die in Frage stehende Handlung bereits in einer  
bestimmten Richtung bewertet worden ist; Sie muß rechtswidrig sein, d. h. mit der  
Rechtsordnung objektiv in Widerspruch stehen. Beim Rechtswidrigkeitsurteil handelt  
es sich dabei um die unpersönlich-objektive Wertung der Tat am Maßstab des ma-  
teriellen Strafrechts, während das Schuldurteil über die persönliche Zurechnung des

---

1) Vgl. dazu v. Liszt-Schmidt, S. 222

2) Daher die Bezeichnung "normativer" (= wertender) Schuldbegriff; er verdrängte  
den bis zu den Arbeiten von Frank (Aufbau), Beling (Unschuld), Freudenthal  
(Schuld und Vorwurf) und Goldschmidt (ÖZ 4, 129 ff. = Sonderabdruck S. 2 ff)  
herrschenden "psychologischen" Schuldbegriff. Zu letzterem vgl. Binding, Nor-  
men II, 1, S. 267 ff.

rechtswidrigen Verhaltens gegenüber dem einzelnen Täter entscheidet. Nur wenn diese beiden Unwerturteile zusammen kommen, kann eine Handlung strafbar sein.

Nach dem normativen Schuldbegriff ist das Wesen der Schuld in der Vorwerfbarkeit der Willensbildung zu sehen. Der von Frank aufgestellte Satz: "Schuld ist Vorwerfbarkeit" <sup>1)</sup> wird heute allgemein für richtig gehalten. Auch gegen ihn gab es allerdings Einwendungen. So bezweifelt Binding zwar nicht seine Richtigkeit, kritisiert ihn aber als zweideutig und unvollständig, da auch sittliche Vorwerfbarkeit gedacht werden könne und die Schuld vorliege, bevor ein Vorwurf möglich sei <sup>2)</sup>. Nach anderen Autoren stellt der Satz Franks eine Tautologie dar, die inhaltlich nichts biete <sup>3)</sup>. Geht man mit Frank davon aus, daß das Wort "Vorwerfbarkeit" nur eine kurze Zusammenfassung der Schuldbestandteile sein soll, die ihren Wert nicht in sich selbst hat, sondern in dem Hinweis auf das, was sie charakterisiert <sup>4)</sup>, so kann diese Kritik kein Gewicht haben <sup>5)</sup>. Franks Ausspruch besagt, daß ein verbotenes Verhalten einer bestimmten Person immer dann zuzurechnen ist, wenn ihr ein persönlicher Vorwurf daraus gemacht werden muß, daß sie so und nicht anders gehandelt hat. Die Verhaltensweise wird von dem in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Gemeinschaftswillen mißbilligt, weil der Täter eine verwerfliche Haltung in bezug auf sein nichtgesolltes Verhalten eingenommen hat. Die rechtswidrige Handlung ist also der Gegenstand des Schuldvorwurfs <sup>6)</sup>, während die Schuld selbst der fehlerhafte, die verbotene Tat motivierende Vorgang ist.

Bisher war von der "Schuld im materiellen Sinne" die Rede, d.h. vom sachlichen Gehalt der Schuld als inhaltlich bestimmtem Vorwurf. Davon unterscheiden manche Autoren die "Schuld im formellen Sinne" <sup>7)</sup>, die lediglich die Zurechnung der Tat als solche betrifft, während die materielle Schuld etwas darüber besagt, warum dem Täter hinsichtlich seines Verhaltens ein Vorwurf zu machen ist. Die formelle Schuld soll nun kurz umrissen werden. Wie jedes Werturteil erfordert auch das Schuldurteil bei der Bewertung des rechtswidrigen Verhaltens ganz bestimmte Voraussetzungen. Sie machen das Wesentliche an der Schuld im formellen Sinne aus <sup>8)</sup> und werden im folgenden als die sogenannten "Schuldelemente"

1) Frank, Aufbau, S. 11

2) Binding, Normen II, 1, S. 275

3) Rosenfeld, ZStW 32, 467; Thierfelder, S. 1

4) Frank, Aufbau, S. 12

5) Weitere kritische Stellungnahmen s. bei Schumacher, S. 1-12

6) Zust. Schweikert, S. 91

7) Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 38 ff.; Finger, GS 72, 249 ff.; Mezger, Grundriß, S. 79; Oetker, GS 72, 161 ff.

8) Engisch, Untersuchungen, S. 17, 22; i.d.S. auch Felix Kaufmann, S. 112 f.

dargestellt.

## II. DIE SCHULDELEMENTE

### 1) Die Schuldfähigkeit

Das Schuldurteil setzt zunächst eine normale Beschaffenheit der zu beurteilenden Person voraus. Der Täter muß die Möglichkeit haben, sich so zu verhalten, wie es die Rechtsordnung von ihm verlangt. Ein Vorwurf kann ihn nur treffen, wenn er die Fähigkeit hat, das Unerlaubte der Tat einzusehen (intellektuelles Moment) und die Fähigkeit, seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen (voluntatives, emotionales Moment). Diese beiden Bestandteile der Schuldfähigkeit werden in §§ 51 Abs. 1, 55 Abs. 1 und § 3 S. 1 JGG ausdrücklich genannt.

Nach v. Liszt-Schmidt <sup>1)</sup>, Radbruch <sup>2)</sup> und Schönke-Schroder <sup>3)</sup> soll es sich bei der Schuldfähigkeit nicht um ein Schuldelement, sondern nur um eine Schuldvorsetzung (v. Liszt-Schmidt, Schönke-Schroder) bzw. eine Befähigung zur Strafbarkeit (Radbruch) handeln. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden, da alles, was der Bildung des Schuldurteils dient, notwendigerweise auch Schuldbestandteil ist <sup>4)</sup>.

Wird die Schuldfähigkeit eines Täters bejaht, so steht lediglich fest, daß ihm rechtswidriges Verhalten allgemein zum Vorwurf gemacht werden kann. Es ist damit noch nichts darüber gesagt, ob ihm bestimmte rechtswidrige Handlungen zuzurechnen und vorzuwerfen sind.

### 2) Vorsatz und Fahrlässigkeit; Bewußtsein der Rechtswidrigkeit

Im Einzelfall kann verbotenes Verhalten nur dann zur Last gelegt werden, wenn in der Form von Vorsatz oder Fahrlässigkeit eine konkrete Beziehung des Täters zu der betreffenden Tat und als Verbotskenntnis oder vorwerfbare Verbotsunkenntnis eine ebensolche Beziehung zur Rechtswidrigkeit seiner Tat gegeben ist.

#### a) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Ob der Vorsatz zur Schuld oder zum subjektiven Tatbestand gehört, ist heute eine

---

1) S. 329 (vgl. auch Anm. 3)

2) ZStW 24, 341

3) Vorbem. V 1 vor § 51

4) Zust.: Frank, Vorbem. II 1 vor § 51; ders. Aufbau, S. 8; Furger, S. 155 ff.; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, S. 277; Armin Kaufmann, Eberhard Schmidt-Festschrift, S. 322; Maurach, AT, S. 335; Mezger, Lb., S. 268; ders. LK, § 51 Anm. I 1

der am meisten bestrittenen Fragen. Den Beweis, daß der Vorsatz Bestandteil der Schuld ist und somit bei den Vorsatztaten den Schuldvorwurf trägt, wird man hier nicht fordern. Zwingend kann er wohl überhaupt nicht erbracht werden, vielmehr geht es nur um den Nachweis, daß ein Schuldbegriff, der den Vorsatz beinhaltet, sinnvoll ist. Dies wurde schon verschiedentlich mit überzeugenden Argumenten nachgewiesen, so daß auf die entsprechenden Erörterungen verwiesen werden kann<sup>1)</sup>.

Ausgehend vom Vorsatz als einem Bestandteil der Schuld ergibt sich, daß den Täter ein Schuldvorwurf nur treffen kann, wenn er die tatsächliche Tragweite<sup>2)</sup> seines Handelns kennt (Vorsatz) oder zumindest kennen konnte (Fahrlässigkeit).

#### b) Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit

Der Schuldvorwurf erfordert neben der wirklichen oder möglichen Kenntnis der Tatumstände auch das aktuelle oder potentielle Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Nur wenn der Täter weiß, daß sein Verhalten verboten ist oder doch wenigstens die Möglichkeit zu einer solchen Einsicht hat, kann von ihm das Wirksamwerden von Hemmungsvorstellungen gegenüber den zur Tat drängenden Motiven erwartet werden.

Die Ansicht, die dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit neben dem Vorsatz ein selbständiges Konto eröffnet, wird als die sog. "Schuldtheorie" bezeichnet<sup>3)</sup>. Sie ist heute die herrschende Meinung in Lehre und Praxis und hat auch in §§ 21 der E 1960 und E 1962 ihren Niederschlag gefunden. Die Gegenmeinung, die von den Anhängern der "Vorsatztheorie" vertreten wird, weiß jedoch sehr ernst zu nehmende Argumente vorzubringen, so daß eine Auseinandersetzung mit ihnen umfangreicher Erörterungen bedürfte. Da dadurch der Rahmen dieser kurzen Darstellung der Schuld über Gebühr belastet würde, muß ein Hinweis auf überzeugende Ausführungen zur Stützung der Schuldtheorie genügen<sup>4)</sup>.

1) Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme, S. 36 ff.; Engisch, Kohlrausch-Festschrift, S. 171 ff.; ders. Festschrift 100 Jahre Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 426 ff.; Mezger, Moderne Wege, S. 40 f.; ders., StUB AT, S. 52 ff.; Oehler, Festschrift 41. Deutscher Juristentag, S. 258 ff.; ders. Objektives Zweckmoment, S. 58 f.; Schröder, MDR 1950, S. 646 ff.

2) Daß es sich bei den sog. "normativen Tatbestandsmerkmalen" in gewissem Umfang auch um die Kenntnis der rechtlichen Tragweite handelt, soll hier außer Betracht bleiben. Vgl. dazu Binding, Normen III, S. 148; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 127 ff., insbes. S. 159 ff.; Kunert, Merkmale, S. 24 ff.

3) Die Bezeichnungen "Schuldtheorie" und "Vorsatztheorie" haben sich im Anschluß an Welzel, SJZ 1948, Sp. 369, eingebürgert.

4) Eingehende Literaturnachweise bei Warda, Tatbestands- und Verbotsirrtum, S. 2 Anm. 4; vgl. ergänzend: Bockelmann, NJW 1950, 830 ff.; Maurach, AT,

Der Streit zwischen diesen beiden Theorien ist heute bereits etwas in den Hintergrund getreten, da neuerdings die Auseinandersetzung über die dogmatische Behandlung der tatirrtümlichen Annahme von Rechtfertigungsgründen zwischen den Vertretern der sog. "strengen Schuldtheorie" und den Anhängern der sog. "eingeschränkten Schuldtheorie" zu einer der Hauptstreitfragen wurde<sup>1)</sup>. Eine Stellungnahme dazu erübrigt sich jedoch, da das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nach beiden Schuldtheorien neben dem Vorsatz selbständige Bedeutung hat.

### 3) Das normative Schulselement

Ein Schuldvorwurf kann dem schuldfähigen Täter, der die tatsächliche und rechtliche Tragweite seines Verhaltens überblickt oder wenigstens überblicken könnte, schließlich nur gemacht werden, wenn ihm rechtmäßiges Verhalten zuzumuten ist<sup>2)</sup>. Bei einer schuldfähigen Person ist dies allgemein zu bejahen. Im Einzelfall aber kann den Täter kein Schuldvorwurf treffen, wenn er in einer seelischen "Überdrucksituation"<sup>3)</sup> handelt, d. h. wenn seine Handlungsantriebe gegenüber den durch die Pflichtvorstellung gesetzten Gegenmotiven begreiflicherweise übermächtig sind. Die in der konkreten Situation erfolgte Motivation kann nicht als pflichtwidrig bezeichnet werden, wenn billigenswerte Motive des Täters so sehr überwiegen, daß nichts anderes als die begangene Tat von ihm zu erwarten war. Diese erscheint nicht strafwürdig, weil kein normgemäßer Willensentschluß verlangt werden kann. Der Täter hat sich so verhalten, "wie in seiner Lage jeder gehandelt haben würde"<sup>4)</sup>.

Ob vom Täter rechtmäßiges Verhalten gefordert werden kann, ist in jedem Einzelfall besonders zu prüfen. Dabei wird davon ausgegangen, was von einem Durchschnittsbürger in einer solchen Handlungssituation erwartet werden darf. Hervorra-

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 5:

S. 362 ff.; Roxin, S. 112 ff.; Welzel, S. 148 ff.; ders. Neues Bild, S. 59 ff.; von den Vertretern der Vorsatztheorie sind zu nennen: Baumann, AT, S. 339; Mezger, StUB, AT, S. 183 ff.; ders. LK § 59 Anm. II 17 Ziff. III und Moderne Wege, S. 42 ff.; Schönke-Schröder, § 59 Anm. V 1; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 184

- 1) Vgl. dazu Engisch, ZStW 70, 566 ff.; Hirsch, Negative Tatbestandsmerkmale, S. 220 ff.; Maurach, AT, S. 369 ff.; Schaffstein, MDR 1951, 196 ff.; v. Weber, Mezger-Festschrift, S. 183 ff.; Welzel, NJW 1952, 564 ff.; BGHSt 2, 211 und 3, 274
- 2) Der Begriff der Zumutbarkeit ist zwar nicht eindeutig, aber in diesem Zusammenhang durchaus gebräuchlich. Über weitere Bedeutungen vgl. Henkel, Mezger-Festschrift, S. 249 ff.
- 3) Eb. Schmidt, Niederschriften Bd. 12, S. 157 f.
- 4) Freudenthal, Schuld und Vorwurf, S. 1

gende charakterliche Größe wird nicht verlangt und überdurchschnittliche seelische Schwäche kann keine Berücksichtigung finden <sup>1)</sup>.

Von der Zumutbarkeit ist zu unterscheiden der Grundsatz des "ultra posse nemo obligatur", wonach eine Tat nur dann rechtswidrig sein kann, wenn in der konkreten Lage richtiges Verhalten im Bereich des Menschlich-Möglichen liegt. Das Sollen kann nicht über das Können hinausgehen <sup>2)</sup>. Das Problem des "Sollens-Könnens" betrifft also die Rechtswidrigkeit, die Zumutbarkeit dagegen die Schuld. Unzumutbare Handlungen stehen innerhalb der menschlichen Möglichkeiten, da die Frage nach dem Schuldgehalt einer Handlung grundsätzlich nur bei rechtswidrigem Verhalten gestellt wird. Der Täter, welcher auf Grund einer besonders schwierigen Motivationslage straffrei bleibt, handelt stets rechtswidrig und - streng genommen - auch nicht ohne jede Schuld, da der seelische Druck einen normgemäßen Willensentschluß nicht völlig ausschließt. Der Täter kann z. B. beim Nötigungsnotstand des § 52 den Zwang ertragen und lieber den Tod erleiden, als die strafbare Handlung begehen. Die seelische Überdrucksituation führt nur zu einer erheblichen Milderung des Schuldvorwurfs, so daß die Rechtsordnung auf die praktische Erhebung des Schuldvorwurfs verzichtet <sup>3)</sup>.

Die Umstände, die das normative Schulselement begründen, können in ihren inneren und äußeren Gestaltungen als positive Schuldverfordernisse nicht erschöpfend aufgezählt werden. Sie wurden deshalb vom Gesetzgeber in der Form von Schuldaußschließungsgründen negativ gefaßt.

### III. DIE GESETZLICHE FASSUNG DER SCHULDMERKMALE

Als Abschluß der Darlegungen über die Schuld bedarf es nun noch einer Untersuchung der Schuldumstände in den strafrechtlichen Gesetzen, da sie bei der Feststellung der Schuldumstände und bei der Auseinandersetzung mit den Tatbestands- und Irrtumsfragen im Mittelpunkt der Überlegungen stehen werden. Der Gesetzgeber ist bei der Fassung der strafrechtlichen Normen Wege gegangen, die es häufig schwierig machen, die Schuldmerkmale als solche zu erkennen. Deutlich zeigt sich das Problem in der Terminologie Daniels, der unter anderem von "maskierten Schuldumständen" spricht <sup>4)</sup>.

1) v. Liszt-Schmidt, S. 284; Lange, Niederschriften Bd. 12, S. 161; Eb. Schmidt, Niederschriften Bd. 12, S. 157

2) Näheres dazu bei Maihofer, Rittler-Festschrift, S. 152 ff.

3) Bockelmann, Täterschaft und Teilnahme, S. 58; Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, S. 151 ff.; ders. Eberhard Schmidt-Festschrift, S. 320 Anm. 7; v. Liszt-Schmidt, S. 285;

v. Weber, Grundriß, S. 125

4) Daniel, S. 46

Die Schuld betrifft die Zurechnung der Tat gegenüber dem Täter und damit grundsätzlich subjektive Umstände. Die Schuldmerkmale werden vom Gesetzgeber aber nicht immer subjektiv gefaßt <sup>1)</sup>. Dies ändert nichts daran, daß es sich im Prinzip stets um innere, in der Person des Täters gelegene Momente handelt, denn man darf bei der Bestimmung der einzelnen Merkmale nicht oberflächlich beim bloßen Wortlaut stehen bleiben, sondern muß zum Wesen der Sache vordringen <sup>2)</sup>. Die jeweilige Fassung des Gesetzes kann nicht als Maßstab herangezogen werden, da immer der teleologische Sinn der Bestimmungen für die dogmatischen Fragen entscheidend sein muß. Dieser Sinn kann bei subjektiven Merkmalen in einem "objektiven Gewande" zum Ausdruck kommen <sup>3)</sup>. Objektive Schuldumstände gibt es deshalb eigentlich nicht. Äußere Gegebenheiten können allenfalls Anzeichen oder Vermutungen für die Schuld darstellen, niemals aber selbst Schuld sein <sup>4)</sup>. "Die scheinbar objektiven Schulselemente sind in Wahrheit nicht objektiv, sondern durch und durch subjektiv" <sup>5)</sup>. Ein ganz anderes Problem ist es, daß reine Gedankenschuld strafrechtlich bedeutungslos bleibt ("Cogitationis poenam nemo patitur"), daß also strafrechtliche Schuld eines Minimums an äußerem Verhalten bedarf <sup>6)</sup>.

Die objektive Fassung der Schuldumstände - Nowakowski spricht von "objektivierten Schuldmerkmalen" <sup>7)</sup> - liegt in folgendem begründet: Der Gesetzgeber drückt Schuld Momente einmal dann objektiv aus, wenn er dem Richter durch Aufstellung von gesetzlichen Vermutungen schwierige subjektive Feststellungen ersparen will. Daneben mag die objektive Fassung dieser Umstände auch noch mit der liberal-rechtsstaatlichen Haltung des Strafgesetzbuchs in Zusammenhang stehen, die auf eine Sicherung der staatsbürgerlichen Freiheit durch die Einschränkung des richterlichen Ermessens gerichtet ist. Diese auf die Aufklärung zurückgehenden Bestrebungen wollen den Richter nach dem Prinzip der Gewaltenteilung nur das möglichst scharf umrissene Recht anwenden lassen <sup>8)</sup>. Das Merkmal "uneheliches Kind" in § 217 stellt z. B. nichts anderes dar, als eine Präsomption der schwierigen Motivations

1) Vgl. Tesar, ZStW 32, 383 f.

2) Mezger, Maurović-Festschrift, S. 296 (= Sonderabdruck S. 4)

3) Lohner, S. 128

4) Mezger, StuB, AT, S. 141; Nowakowski, ZStW 63, 320; Thierfelder, S. 48 ff.; 121 f.; für die Schuldmerkmale der Schuld milderungsgründe auch Erik Wolf, MonKrimPsych XX, S. 667 ff.

5) Radbruch, Frank-Festgabe I, S. 166

6) Vgl. Thierfelder, S. 39 (einschl. der Auseinandersetzung mit verschiedenen Autoren in Anm. 2); Mezger, Traeger-Festschrift, S. 191 f.

7) Strafrecht, S. 41

8) Vgl. Engisch, Konkretisierung, S. 78 f.; v. Liszt-Schmidt, S. 290 Anm. 14; Mezger, Maurović-Festschrift, S. 301 (Sonderabdruck S. 9); ders. DJZ 1934, Sp. 99 ff.

lage, in der sich die uneheliche Mutter bei der Geburt regelmäßig befindet<sup>1)</sup>. Die aus Furcht vor Schande und wirtschaftlichen Schwierigkeiten resultierende Ausnahmesituation braucht aber im Einzelfall gar nicht vorzuliegen. § 217 stellt nicht darauf ab, daß die Unehelichkeit des Kindes die Täterin tatsächlich bedrückt. Die Strafmilderung des § 217 muß z. B. auch der ledigen Lohndime zugute kommen, die schon mehrere Male entbunden hat und für die die Unehelichkeit des unerwünschten Kindes keine Rolle spielt. Daniel nennt solche Merkmale "symptomatische oder maskierte Schuldumstände"<sup>2)</sup>. Da der Gesetzgeber hier aber nicht nur die Schuld in äußeren Symptomen beschreibt, sondern bei deren Vorliegen auch eine bestimmt geartete Schuld des Täters präsumiert, erscheint es zweckmäßiger und richtiger, von "präsumtiven Schuldumständen" zu sprechen. Daniel verwendet diese Bezeichnung auch, aber - wie sich gleich zeigen wird - an unzutreffender Stelle.

Daneben wurden andere Schuldmomente wie z. B. "in oder gleich nach der Geburt" in § 217 aus redaktionellen Gründen objektiv gefaßt. Nach heute kaum mehr bestrittener Meinung<sup>3)</sup> wird mit diesem Merkmal des § 217 derjenige Zeitraum beschrieben, in dem der durch den Geburtsakt herbeigeführte Erschöpfungszustand andauert. Der Gesetzgeber stellt also dem Grundgedanken nach auf subjektive, in der Person der Täterin liegende Umstände ab. Der Richter muß bei der Anwendung des § 217 insofern eine die Täterpsyche betreffende Feststellung treffen. Die objektive Fassung wurde nur gewählt, weil die Klarheit und Einfachheit der Vorschrift dies zweckmäßig erscheinen ließen. Wenn Daniel<sup>4)</sup> nun gerade dieses Merkmal des § 217 als "präsumtiven Schuldumstand" bezeichnet, kann ihm nicht gefolgt werden. Es wird hier nichts präsumiert, sondern ein subjektives Moment objektiv benannt. Man kann von "schein-objektivierten" Schuldumständen sprechen<sup>5)</sup>.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Schuldmerkmale auch bei objektiver

- 1) Eduard v. Liszt, S. 132 ff.; v. Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 470; Lohner, S. 19; Maurach, BT, S. 40; Sauer, BT, S. 261; Schönke-Schröder § 217 Anm. I; a. A.: Amschl, Gross-Archiv XXX, 81 f., der eine psychische Zwangslage der unehelich Gebärenden zumindest nicht als den Regelfall gelten lassen will.
- 2) Daniel, S. 46
- 3) Frank, § 217 Anm. IV; v. Hippel., Lb., S. 191; Maurach, BT, S. 41; Mezger, StuB, BT, S. 26; Schaefer, LK, § 217 Anm. II 2; Schönke-Schröder, § 217 Anm. IV 2; Schwarz-Dreher, § 217 Anm. 3 B; RG DR 1944, 148; a. A. Rittler, Frank-Festgabe II, S. 9 f.; ders. ÖZ 8, 362 f.; Thierfelder, S. 128 f.
- 4) S. 46; ebenso Hegler, Frank-Festgabe I, S. 253 f. (vor allem Anm. 3)
- 5) Nicht zu verwechseln mit den "scheinobjektiven" Umständen i. S. Heglers (Frank-Festgabe I, S. 252 Anm. 4), auf die noch eingegangen wird.

Fassung stets subjektiv gemeint sind. Es sind folgende Gruppen zu unterscheiden:

1. Die subjektiv gefaßten Schuldmerkmale, die im Anschluß an Daniel <sup>1)</sup> "primär-psychische" Schuldumstände genannt werden können,
2. Die objektiv gefaßten, auf innere, in der Person des Täters liegende Momente bezogenen "schein-objektivierte" Schuldumstände,
3. Die ebenfalls objektiv gefaßten, aber auf äußere Momente abstellenden "präsumtiven" Schuldumstände.

Alle drei Gruppen haben gemeinsam, daß es sich im Kern um subjektive Merkmale handelt. Sie unterscheiden sich dadurch, daß die präsumtiven Schuldumstände die psychische Situation des Täters in ihren äußeren Indizien beschreibt, während die übrigen Schuldmomente direkt die innere Situation des Täters beschreiben. Die primär-psychischen Schuldumstände unterscheiden sich von den schein-objektivierten nur in der gesetzgeberischen Diktion.

Im Gegensatz zu dem soeben Ausgeführten bejaht Hegler <sup>2)</sup> objektive Schuldmomente, wenn er auch einräumt, daß es sich in der Regel um "scheinobjektive Merkmale" handle, sofern die Vorstellung derselben "wie ihr wirkliches Vorliegen wirkt" <sup>3)</sup>. "Wirklich objektiv" seien sie dagegen, wenn sie "auch ohne Tätervorstellung (dem Täter unbewußt) auf ihn einwirken können" <sup>4)</sup>. Als Beispiel nennt Hegler das Merkmal des § 217 "in oder gleich nach der Geburt". Er sowie Zimmerl <sup>5)</sup> und Rittler <sup>6)</sup>, die ihm gefolgt sind, verkennen hier, daß es Schuldumstände gibt, die trotz ihrer subjektiven Natur von der Tätervorstellung unabhängig sind <sup>7)</sup>.

---

1) S. 46

2) Frank-Festgabe I, S. 252 ff.; Festgabe 50 Jahre Reichsgericht, Bd. 5, S. 314 Anm. 35

3) Die Bezeichnung "scheinobjektiv" soll nichts anderes besagen, als daß diese Merkmale trotz objektiver Fassung subjektiv sind. Sie darf nicht mit oben eingeführtem Begriff "schein-objektiviert" verwechselt werden.

4) Frank-Festgabe I, S. 252 Anm. 4

5) Tatbestand, S. 28

6) Frank-Festgabe II, S. 9 f.

7) Soweit die Schuldumstände die Schuldfähigkeit und das normative Schulelement betreffen, ist dies ganz allgemein der Fall. Siehe dazu unten S. 64 ff. Vgl. auch Thierfelder, S. 53 ff.; Köhler, GS 95, 461 ff.

## B. DIE SCHULDMILDERUNG

Die Schuld ist als (negativer) Wertbegriff ein Steigerungsbegriff. Sie ist geringer oder größer, je nachdem wie groß die Anforderungen der Rechtsordnung an den Einzelnen sind und wie schwer es ihm fällt, ihnen zu entsprechen. Die Schwere der Schuld bestimmt sich nach dem Grade, in dem die Motivation hinter der Zurechenbarkeit zurückbleibt <sup>1)</sup>. Die Vorwerfbarkeit reicht von der vorsätzlichen Rechtsverletzung desjenigen Täters, der sich bewußt gegen die Strafrechtsordnung auflehnt, bis zur verwerflichen Einstellung dessen, der ein sog. "Risikodelikt" begeht <sup>2)</sup>. Schuldunterschiede ergeben sich sowohl bei gleichartiger Rechtswidrigkeit als auch bei Verletzungen verschiedener Rechtsgüter. Von Schuld-milderung kann aber immer nur dann gesprochen werden, wenn den Täter im Verhältnis zur normalen Begehungsweise gleichartig-rechtswidriger Straftaten ein weniger schwerer Vorwurf trifft, wenn also gegenüber den normalen Fällen ein quantitativer Schuldunterschied vorliegt. Alle sonstigen Schulddifferenzierungen stellen keine Schuld-milderung dar.

## C. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE

Umfaßt die Schuld-milderung alle Fälle quantitativ leichter Schuld, so kann von einem Schuld-milderungsgrund <sup>3)</sup> nur gesprochen werden, wenn eine strafrechtliche Vorschrift menschliches Verhalten beschreibt, das gegenüber der in einer Ausgangsbestimmung enthaltenen Verhaltensbeschreibung einen Fall milderer Schuld darstellt. Der Gesetzgeber hat nur in Ausnahmefällen solche Schuld-milderungsgründe geschaffen. Er spannt grundsätzlich die Strafraumen so weit, daß die Gerichte bei der Auswerfung der Strafen die jeweilige Schuld der einzelnen Täter im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung berücksichtigen können. Schuld-mildernde Umstände können sich bei jeder Tat ergeben. Schuld-milderungsgründe liegen dagegen nur in denjenigen Fällen vor, in welchen der Gesetzgeber die schuld-mildern-den Gesichtspunkte in der Form der Verhaltensbeschreibung nennt. Ein Schuld-milderungsgrund ist stets in seinem Normalfall (Ausgangsbestimmung) enthalten. Er steht zu ihm im Verhältnis der Art zur Gattung.

1) Vgl. Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S. 456; v. Liszt-Schmidt, S. 289 f.; Siegert, S. 57 ff.

2) Dazu ist z. B. § 330a zu zählen; Der Täter, der sich berauscht, geht das Risiko ein, in schuldunfähigem Zustande eine strafbare Handlung zu begehen. Vgl. Schweikert, S. 86 ff.

3) Thierfelder u. a. verwenden die Bezeichnung "Schuld-minderungsgründe" synonym.

Die zum Thema dieser Arbeit gemachten "Schuldmilderungsgründe" unterscheiden sich nicht grundsätzlich von dem, was man unter den gebräuchlicheren Bezeichnungen "Strafmilderungsgründe" und "Strafminderungsgründe" <sup>1)</sup> versteht. Jedoch werden diese Worte auch nicht synonym gebraucht. Es gibt Strafmilderungsgründe, die nicht auch zugleich Schuldmilderungsgründe darstellen. Dies gilt nicht nur für die allgemeinen strafmildernd wirkenden Strafzumessungsregeln, sondern auch für die im Strafgesetzbuch benannten Strafmilderungsgründe, wie das Beispiel der für den Erstbeleidiger bzw. Erstverletzer vorgesehenen fakultativen Strafmilderung bei der Retorsion (§§ 199, 233) zeigt <sup>2)</sup>. Die Schuldmilderungsgründe sind eine Untergruppe der Strafmilderungsgründe.

## I. AUSZUSCHIEDENDE FÄLLE

Bevor die Schuldmilderungsgründe im einzelnen festgestellt werden, soll zunächst eine negative Abgrenzung stattfinden.

### 1) Qualitative Schuldunterschiede

Die Verletzung verschiedener selbständig aufgebauter Strafrechtsvorschriften bringt unterschiedlich geartete Schuld mit sich. Auch der Grad ihrer Schwere kann verschieden sein. Da das rechtswidrige Verhalten der Gegenstand des Schuldvorwurfs ist, liegt es auf der Hand, daß das Unwerturteil Schuld von der rechtswidrigen Handlung als dem Gegenstand seiner Bewertung abhängt. Es ist z. B. ohne nähere Untersuchung klar ersichtlich, daß den Totschläger grundsätzlich ein schwererer Schuldvorwurf trifft als den Dieb. Da die Schuld insoweit auch durch die Rechtswidrigkeit beeinflusst wird, können die Rechtswidrigkeitsmerkmale auch "mittelbare Schuldmerkmale" genannt werden <sup>3)</sup>.

Ergibt sich bei der Begehung selbständig aufgebauter Delikte verschiedene Schuld, so steht zwar regelmäßig ein schwererer Schuldvorwurf neben einem leichteren, es liegt jedoch keine Schuldmilderung, sondern qualitativ geringere Schuld vor.

1) Die Terminologie ist nicht einheitlich. Einerseits wird in Anlehnung an § 50 a. F., §§ 263 III, 267 StPO die Bezeichnung Strafminderungsgründe gewählt und das Wort Strafmilderungsgründe synonym gebraucht; vgl. dazu Beling, Grundzüge, S. 74. Andererseits wird aber auch zwischen den Strafminderungsgründen und den Strafmilderungsgründen unterschieden, so z. B. von Nagler, LK, 6. Aufl., § 51 Anm. V 1 und 2. Hier soll im folgenden nur noch das Wort Strafmilderungsgründe verwendet werden.

2) Näheres dazu unten S. 16 f.

3) Vgl. Gallas, ZStW 67, 30; Schweikert, S. 137; Lohner, S. 46, 52

Dem schwereren Fall steht kein minus, sondern ein weniger schwer wiegendes aliud gegenüber. Die Unterscheidung zwischen qualitativ leichter Schuld und Schuld-milderung äußert sich im praktischen Ergebnis immer folgendermaßen: Bei den Schuld-milderungsgründen hätte das Fehlen der Milderungsvorschrift die Bestrafung aus dem Normalparagrafen zur Folge, während der Täter bei Bestimmungen mit qualitativ geringerer Schuld straflos ausgehen müßte, wenn die einschlägige Norm entfallen würde. Die uneheliche Mutter z. B., die ihr Kind unmittelbar nach der Geburt tötet, wäre nach § 212 zu bestrafen, wenn es den § 217 nicht gäbe, während der Dieb bei Fehlen des § 242 grundsätzlich überhaupt nicht bestraft werden könnte. Die Grundnorm ist also notwendig im Schuld-milderungsgrund enthalten; letzterer stellt stets eine einschränkende Abwandlung der ersten dar.

Aber nicht nur bei den selbständig aufgebauten Delikten des Besonderen Teils des StGB finden sich qualitative Schuldunterschiede. Bei den Strafmilderungsgründen Beihilfe und Versuch ist es nicht anders. Ausgehend von einem restriktiven Täterbegriff <sup>1)</sup> stellt die Beihilfe anderes rechtswidriges Verhalten dar als die Täterschaft. § 49 beschreibt andere Handlungen als die Normen des Besonderen Teils des StGB, die nur von derjenigen Person sprechen, die die Tat ausführt, also vom Täter: "Wer eine fremde bewegliche Sache einem andern ... wegnimmt, ...", usw. § 49 betrifft Verhaltensweisen, die von den Normen, die die Strafbarkeit des Täters bestimmen, nicht erfaßt werden. Deshalb ist die Beihilfe kein Fall der Schuld-milderung, obgleich sich im Verhältnis zur Täterschaft neben dem unterschiedlichen Rechtswidrigkeitsgehalt grundsätzlich auch ein geringerer Schuldvorwurf ergibt. Es liegt aber ein qualitativer Schuldunterschied vor. Der Gehilfe müßte bei Fehlen des Beihilfeparagraphen straffrei bleiben.

Dasselbe gilt für die Versuchsvorschriften. Zwar geht die Strafmilderung auch beim Versuch auf einen weniger schweren Schuldvorwurf zurück, was sich deutlich beim sog. "unbeendigten Versuch" zeigt: Es fehlen bei ihm noch Handlungen des Täters zur Herbeiführung des Erfolges, die der Täter wahrscheinlich ausgeführt hätte. Ein Nachweis wird jedoch häufig nicht gelingen. Ergibt sich deshalb aus den Umständen der Tat die vernünftige Möglichkeit, daß der Täter nicht zu Ende gehandelt hätte, sondern sich im Bewußtsein des Unwerts seines Verhaltens von weiteren Ausführungshandlungen hätte abhalten lassen, so muß zu seinen Gunsten geringere Schuld angenommen werden <sup>2)</sup>. Anderenfalls - wie in der Regel beim

1) Ein solcher Täterbegriff ist möglich und sinnvoll, wie §§ 47 ff. zeigen. Es kann wohl nur diese enge Betrachtung erklären, warum § 48 die für den Täter vorgesehene Strafe für den Anstifter wiederholt. Vgl. dazu Schönke-Schröder, Vorbem. III vor § 47 mit eingehenden Literaturnachweisen.

2) Zust. Gallas, Niederschriften 2, S. 195 f.

beendigten Versuch, da die Vollendung der Tat für den Täter meist nur noch zufällig ist, - fehlt es an einem Grund für die Strafmilderung. Den Täter trifft aber beim Versuch im Verhältnis zur vollendeten Tat kein milderer, wenn auch u. U. ein qualitativ leichter Schuldvorwurf. Die Versuchsvorschriften erweitern den Bereich des strafbaren Verhaltens; bei ihrem Fehlen könnte der Versuchstäter nicht bestraft werden. Dies gilt für die versuchte Täterschaft (§§ 43, 44), die versuchte Anstiftung (§ 49a) und § 111 Abs. 2, der versuchsartigen Charakter trägt.

Qualitative Verschiedenheit des Schuldvorwurfs liegt auch bei gleichartiger Rechtswidrigkeit im Verhältnis der Schuldformen zueinander vor. Die Frage, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit gegeben ist, spielt grundsätzlich entweder für die Höhe der Strafe oder für die Strafbarkeit schlechthin eine entscheidende Rolle <sup>1)</sup>. Ist die Fahrlässigkeit deshalb die leichtere Schuldform, so ist sie dogmatisch doch kein minus gegenüber dem Vorsatz, sondern zeigt eine wesentlich andere Struktur <sup>2)</sup>. Fahrlässige Tötungen z. B. wären nicht strafbar, wenn § 222 entfiel. Eine Bestrafung nach § 212 würde ausscheiden.

## 2) Schuldunterschiede innerhalb der Normalfälle

Die Strafdrohungen der Strafnormen sind grundsätzlich relativ. Innerhalb der gesetzlichen Strafraumen werden die Strafen vom Richter nach Lage des Einzelfalles bestimmt. Die näheren Umstände der Tat finden im Rahmen der sog. Strafzumessung Berücksichtigung. Auch Schuldunterschiede treten dabei auf <sup>3)</sup>. So ist z. B. ein Mundraubtäter, der gegenüber dem Dieb bereits einen Strafmilderungsgrund für sich in Anspruch nehmen kann, nicht jedem anderen Mundraubtäter gleichzustellen. Es macht vielmehr einen Unterschied, ob der Täter ein Stück Brot weggenommen hat, um seinen Hunger zu stillen, oder (eine geringe Menge) Kaviar, um einem extravagantem Gelüst entsprechen zu können. Im ersten Fall liegt nur eine verschwindend geringe Schuld vor, die Grenze zur Schuldlosigkeit nach § 54 ist beinahe schon erreicht. Es handelt sich im Verhältnis zum zweiten Fall um einen quantitativ geringeren Schuldvorwurf, also um eine Schuldmilderung. Da aber beide Täter Normalfälle begehen, ist kein Schuldmilderungsgrund gegeben.

Als Strafzumessungsgründe von besonderem Range sind in diesem Zusammenhang die "mildernden Umstände" zu erwähnen <sup>4)</sup>. Soweit sie die Schuld des Täters be-

1) Dieser Grundsatz kennt auch Ausnahmen, z. B. bei den Übertretungen. Vgl. Engisch, Untersuchungen, S. 50 ff.

2) Beling, Unschuld, S. 31 f.; Engisch, Untersuchungen, S. 49 f.; Freudenthal, Schuld und Vorwurf, S. 11 f.; Maurach, AT, S. 421

3) Vgl. Baumann, AT, S. 555 f.

4) Lex lata kennt neben den mildernden Umständen auch "besonders leichte Fälle" (§ 175 Abs. 2) und "minder schwere Fälle" (§§ 218 Abs. 3 und 315 Abs. 2). Ob

treffen, handelt es sich um Fälle der Schuld-milderung. Da sie aber kein Verhalten beschreiben, stellen sie keine Schuld-milderungsgründe dar. Von den Strafzumessungsregeln, die die Vorwerfbarkeit der Straftaten mildern, sind nur diejenigen zu den Schuld-milderungsgründen zu zählen, die bestimmte Verhaltensweisen beschreiben. Auch wären gerade hinsichtlich der mildernden Umstände allgemeine Aussagen ohnehin nicht möglich, da im Einzelfall nachgeprüft werden müßte, ob der festgestellte Umstand die Schuld betrifft. Wird diese Frage bejaht, kann das Ergebnis, das bei der Irrtumsproblematik im dritten Kapitel gefunden wird, für diese Gruppe der mildernden Umstände verwertet werden.

Eine auszuschneidende Strafzumessungsregel stellt auch die verminderte Schuldfähigkeit (§§ 51 Abs. 2, 55 Abs. 2) und die Jugendlichkeit nach JGG <sup>1)</sup> dar. Auf Grund dieser Vorschriften kann der Richter leichtere Strafen auswerfen, wenn ein schuldfähiger Täter in seiner Einsichts- oder Entscheidungsfähigkeit beeinträchtigt war. Zwar handelt es sich auch hier um Fälle milderer Schuld; da diese Vorschriften aber kein Verhalten beschreiben, sondern allgemeine Strafzumessungsregeln darstellen <sup>2)</sup>, liegen keine Schuld-milderungsgründe vor.

Aus denselben Gründen ist auch der Fall der vermeidbaren Verbotsunkenntnis <sup>3)</sup> nicht näher zu erörtern. Die Strafmilderung, die nach den Grundsätzen über die Bestrafung des Versuchs gemäß § 44 Abs. 2 und Abs. 3 stattfindet <sup>4)</sup>, ist zwar gegenüber dem wirklichen Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ein Fall milderer Schuld; es handelt sich jedoch auch hier um eine allgemeine Strafzumessungsregel und damit um keinen Schuld-milderungsgrund.

Schließlich scheiden auch die verschiedenen Arten von Vorsatz und Fahrlässigkeit von vornherein als Schuld-milderungsgründe aus, da es sich grundsätzlich um Normalfälle handelt, einerlei ob direkter oder bedingter Vorsatz bzw. bewußte oder unbewußte Fahrlässigkeit vorliegt <sup>5)</sup>. In einigen besonderen Fällen ist es nur schein-

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 14:

diese sich von den mildernden Umständen unterscheiden, ist bestritten. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Vgl. dazu Schönke-Schröder Vorbem. VII 4d vor § 13 und Maurach, AT, S. 658 f. mit weiteren Literaturnachweisen. Vgl. ergänzend BGHSt 4, 8 ff.

- 1) Von der verminderten Schuldfähigkeit des Jugendlichen ist zu unterscheiden die sog. "bedingte Schuldfähigkeit" nach § 3 JGG
- 2) Zust. Maurach, AT, S. 352 ff.; Schönke-Schröder § 51 Anm. III
- 3) Sog. "vermeidbarer Verbotsirrtum".
- 4) BGHSt 2, 210 f.
- 5) Zudem stellen diese Unterscheidungen keine generellen Schuldabstufungen dar, wenn sie auch im Einzelfall für die Strafzumessung Bedeutung haben können. Vgl. Maurach, AT, S. 421; v. Hippel, VDA 3, 509 ff. Bei der unbewußten

bar anders; Einmal wird bei § 164 Abs. 1 und Abs. 2 im Verhältnis zu § 164 Abs. 5 und bei § 187 gegenüber § 186 der direkte Vorsatz mit höherer Strafe bedroht als der bedingte. Dennoch liegen keine Schuld-milderungsgründe vor. § 164 Abs. 5 stellt keine einschränkende, sondern eine erweiternde Abwandlung der Grundnorm dar, da § 164 Abs. 1 und Abs. 2 in Abs. 5 nicht enthalten sind, und bei §§ 186, 187 käme allenfalls § 186 als Normalfall gegenüber § 187 als (schuld-erhöhender) Abweichung in Frage. Ferner gibt es in §§ 138 Abs. 3 und 164 Abs. 5 eine schwere Fahrlässigkeitsform in der Gestalt der "Leichtfertigkeit". Ein Schuld-milderungs-verhältnis kann hier aber schon deshalb nicht vorliegen, weil in §§ 138, 164 neben den Vorsatz-taten nur die leichtfertige Tatbegehung unter Strafe gestellt ist, so daß dieser schweren Fahrlässigkeit ein milderer Fall überhaupt nicht gegenübersteht. Endlich sei auch noch darauf hingewiesen, daß es im heutigen Strafrecht die "amtliche", "berufliche" und "gewerbliche" Fahrlässigkeit nicht mehr gibt, da §§ 222 Abs. 2 und 230 Abs. 2 durch die VO vom 2.4.1940 aufgehoben wurde. Eine Erörterung erübrigt sich deshalb.

### 3) Strafmilderungsgründe außerhalb der Schuld-milderung

#### a) §§ 199, 233 (für den ersten Angreifer)

Bei einer Gegenüberstellung der beiden Vorschriften ergibt sich, daß sie im wesentlichen den gleichen Wortlaut haben. Das berechtigt dazu, beide Bestimmungen zusammenfassend zu behandeln. Was für die eine ausgeführt wird, gilt auch für die andere.

Der erste Angreifer handelt in den Fällen der §§ 199, 233 völlig unabhängig von der darauf folgenden Erwiderung durch den Retorquenten, so daß die Schuld des ersteren von der Reaktion des zweiten nicht berührt wird. Der Grund, warum die Retorsionsvorschriften auch für den Erstbeleidiger (bzw. Erstverletzter) eine mildere Strafe vorsehen, ist darin zu finden, daß sich der zunächst Angegriffene bereits selbst die Sühne <sup>1)</sup> genommen und damit die Bestrafung des Angreifers verwirklicht

---

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 15:

Fahrlässigkeit ist es außerdem bestritten, ob es sich um Schuld im materiellen Sinne handelt. Vgl. dazu Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 156 ff., 162, 223

- 1) Das Wort Sühne soll hier nicht in seiner individual-ethischen Bedeutung gebraucht werden, wonach der Täter die Strafe als Voraussetzung der Wiedererlangung seiner sittlichen Freiheit von sich aus anerkennt. (in diesem Sinne z. B. Eb. Schmidt, Materialien, Bd. 1, S. 11). Unter "Sühne" wird in diesem Zusammenhang vielmehr die Verurteilung des Täters und die Vollstreckung der Strafe verstanden, durch die seine Straftaten "ihre Sühne finden"; vgl. dazu Mezger, Nderschr. Bd. 1, S. 31. So spricht z. B. der Bundesgerichtshof in BGHSt 6, 87 von einem Sühnebedürfnis, das eine bestimmte Strafe erfordere.

hat. Der erste Angreifer hat seine Strafe bereits weg <sup>1)</sup>. Es liegt kein Fall der Schuld-milderung vor.

b) § 158

Auch § 158 ist kein Schuld-milderungsgrund. Stellt die Berichtigung einer falschen Aussage ein Indiz für geringere Schuld dar - und das wird häufig der Fall sein -, so kann dieser Gesichtspunkt bereits innerhalb der Strafraumen der §§ 153, 154 und 156 (möglicherweise als "mildernder Umstand") berücksichtigt werden. Der Grund für die Strafmilderung des § 158 ist nicht der - zugunsten des Täters meist zu vermutende - weniger schwere Schuldvorwurf, sondern kriminalpolitischer Natur. Dies zeigt sich eindeutig daran, daß die Berichtigung der Aussage nach § 158 nur solange berücksichtigt werden kann, als sie (die Aussage) keine unmittelbaren Folgen zeigt und die Richtigstellung bei der Entscheidung des Gerichts noch verwertet werden kann. Gerade diese für § 158 entscheidende Frage hängt aber oft nicht mit dem Umfang der Schuld des Täters zusammen, da die Verwertung und Wirkung seiner Aussage von seinem Willen und Wissen nicht selten unabhängig sein wird. § 158 stellt eine Erweiterung des § 46 Nr. 2 dar und soll wie diese Vorschrift der Wahrheitsfindung dienen <sup>2)</sup>. Dem Täter wird eine Umkehrmöglichkeit eingeräumt, von der er - unabhängig von seiner Einstellung zur Tat - Gebrauch machen kann.

c) §§ 82, 316 Abs. 2

Dasselbe muß auch für die sonstigen Erweiterungen des § 46 Nr. 2 gelten, die mit der Rechtsfolge einer Strafmilderung ausgestattet sind: §§ 82, 316 Abs. 2. Auch daß in §§ 82 Satz 2 und 316 Abs. 2 Satz 2 der gute Wille des Täters berücksichtigt wird, spricht nur scheinbar für die Annahme von Schuld-milderungsgründen. Dem Täter soll gerade damit aus den genannten kriminalpolitischen Gründen vor Augen gehalten werden, daß er in jedem Fall mit Gnade rechnen kann, wenn er sich um die Abwendung des ursprünglich angestrebten Erfolges bemüht.

4) Sonstige auszuschheidende Fälle

Schließlich soll noch auf zwei Fälle eingegangen werden, bei denen von einem Teil der Lehre zu Unrecht Schuld-milderungsgründe angenommen werden.

1) Binding, Grundriß, S. 279; vgl. auch Maurach, BT, S. 150

2) v. Liszt-Schmidt, S. 315; Jagusch, LK, § 46 Anm. 1 I äußert zwar Bedenken, nimmt diese Ansicht jedoch als geltendes Recht hin.

A. A.: Bockelmann, NJW 1955, 1420; Sauer, BT, S. 230; BGHSt 9, 52, die einen Schuld-milderungsgrund annehmen. Beide Meinungen verbinden wollen Kohlrausch-Lange, § 46 Anm. 1; Maurach, AT, S. 41; BGHSt 6, 87 ff.

## a) § 148

Nach der zweiten Alternative des § 147 wird bestraft, wer sich Falschgeld verschafft und in den Verkehr bringt. Demgegenüber regelt § 148 den Fall, daß der Täter falsches Geld als echtes empfangen hat und es nach erkannter Unechtheit als echtes weitergibt. Der Gesetzgeber berücksichtigt bei der Strafdrohung des § 148, daß der Täter unverschuldet in eine Notlage geraten ist. Seine Verhaltensweise erscheint gegenüber der Tat desjenigen, der sich das Falschgeld in der Absicht verschafft, es in den Verkehr zu bringen, eher begreiflich. Handelt der eine in der Absicht, einen unverschuldet erlittenen Schaden auf Dritte abzuwälzen, so will sich der andere ohne einen solchen seelischen Druck an seinen Mitmenschen bereichern. Den letzteren trifft deshalb grundsätzlich der schwerere Schuldvorwurf. Dennoch liegt hier kein Schuld minderungsgrund vor. Die 2. Alternative des § 147 ist gegenüber § 148 kein Normalfall, denn sie ist nicht in ihm enthalten. Würde § 148 fehlen, so bliebe das "Abschieben von Falschgeld" straflos. Es handelt sich um zwei selbständig aufgebaute Delikte. Im Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander liegt ein qualitativer Schuldunterschied vor <sup>1)</sup>.

## b) § 236 2. Alternative

Wer eine Frau entführt, um sie zur Ehe zu bewegen (§ 236 2. Alt.), handelt nicht in gleichem Maße vorwerfbar wie derjenige Täter, der eine Frau durch die Entführung zur Unzucht bringen will (§ 236 1. Alt.). Ist das Ziel des ersten die Ehe als die anerkannte soziale Lebensform, so erstrebt der zweite mit der Unzucht einen von der Rechtsordnung mißbilligten Erfolg <sup>2)</sup>. Der geringere Schuldvorwurf des § 236 2. Alt. gegenüber der ersten Alternative geht aber auf einen qualitativen Schuldunterschied zurück. Es handelt sich um zwei selbständig aufgebaute Delikte, denn § 236 1. Alt. ist in § 236 2. Alt. nicht enthalten. Der Täter, der die Entführte zur Ehe veranlassen will, könnte bei Fehlen des § 236 2. Alt. nicht bestraft werden <sup>3)</sup>.

1) Zust. Mezger, Lb, S. 322 Anm. 37; a. A. Kohlrausch-Lange § 148 Anm. I; Martens, S. 3, 10 ff.; Maurach, BT, S. 450; v. Liszt-Schmidt, S. 290; Erik Wolf MonKrimPsych XX, 667 f.; Sie sehen in § 148 eine privilegierende Abwandlung des § 147.

2) Maurach, BT, S. 407 ff.; BGHSt 15, 383

3) Zust. Mezger, Lb., S. 322 Anm. 37; a. A. Daniel, S. 43, Martens, S. 18 f., die in der 2. Alt. einen privilegierenden Sonderfall der 1. Alt. des § 236 sehen. In §§ 209 der E 1960 und E 1962 wurde nur § 236 1. Alt. übernommen. Da sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seit Entstehung des Strafgesetzbuchs wesentlich gewandelt haben, ist auf Grund der heutigen Stellung der Frau kein besonderes kriminalpolitisches Interesse für einen Strafschutz gegen die "Entführung zur Ehe" mehr gegeben. Soweit auf diesem Gebiet noch Eingriffe in die persönliche

## 5) Zusammenfassung

Insgesamt läßt sich über die Schuldmilderungsgründe folgendes sagen:

- a) Eine Vorschrift mit milderer Strafdrohung steht einem Normalfall gegenüber. Der Schuldvorwurf des Schuldmilderungsgrundes ist quantitativ leichter als derjenige des Normalfalles. Der Schuldmilderungsgrund steht zum Normalfall im Verhältnis der Art zur Gattung. Das Fehlen des Schuldmilderungsgrundes hätte die Bestrafung aus dem Normalparagrafen zur Folge. In den Vorschriften, die Schuldmilderungsgründe darstellen, wird stets bestimmtes Verhalten beschrieben.
- b) Keine Schuldmilderungsgründe liegen vor:
  - bei qualitativen Schuldunterschieden,
  - bei Schuldunterschieden innerhalb der Normalfälle,
  - bei allgemeinen Strafzumessungsregeln,
  - bei allen Strafmilderungsgründen, die nicht auf milderer Schuld beruhen.

## II. DIE EINZELNEN SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE

Zur Feststellung der Schuldmilderungsgründe genügt es, daß eine Norm gefunden wird, die einem Normalfall gegenübersteht und von diesem in ihrem Schuldgehalt als quantitativ milderer Fall abweicht. Die Einordnung der einzelnen Bestandteile der Schuldmilderungsgründe in die Verbrechensmerkmale Tatbestand und Rechtswidrigkeit kann in diesem Zusammenhang nicht interessieren.

### 1) § 157

Die Normalfälle des § 157 sind die ausdrücklich in die Vorschrift aufgenommenen §§ 153-156. Von ihnen unterscheidet sich § 157 durch das Merkmal "um von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden". Der Täter muß sich also in einer notstandsähnlichen Lage befinden; Verweigert er die Aussage, so setzt er sich Prozeßstrafen aus; sagt er die Wahrheit, so belastet er einen Angehörigen oder sich selbst wegen einer Straftat; macht er unwahre Aussagen, so muß er eine Bestrafung nach §§ 153 ff. befürchten <sup>1)</sup>. Es

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 18:

Freiheit der Frau vorkommen, können sie unter den allgemeinen Gesichtspunkten (Nötigung, Freiheitsberaubung usw.) geahndet werden (vgl. Begründung des E 1960, S. 337, Begründung des E 1962, S. 365).

- 1) Kohlrausch-Lange § 157 Anm. II; Maurach, BT, S. 614;  
Schönke-Schröder § 157 Anm. I; RGSt 75, 39; BGHSt 7, 5

liegt eine Interessenkollision vor, die zwar die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens nicht aufhebt, die Motivation des Täters zu rechtmäßigem Verhalten aber doch wesentlich erschwert. Es bedarf für den Täter, der sich in einer Zwangslage nach § 157 befindet, einer erheblichen Willensanstrengung, wenn er sich pflichtgemäß verhalten will. Der Schuldvorwurf ist gegenüber den Normalfällen in seinem normativen Element gemildert <sup>1)</sup>. Da § 157 auf das Vorhandensein einer Absicht abstellt, handelt es sich dabei um einen primär-psychischen Schuldumstand <sup>2)</sup>.

## 2) §§ 199, 233 (für den Retorquenten)

§ 185 und §§ 223, 230 sind die in § 199 bzw. § 233 genannten Normalfälle der Retorsionsnormen, die gemeinsam erörtert werden können, wie bereits dargelegt wurde <sup>3)</sup>. §§ 199, 233 verlangen zunächst die "Erwiderung" einer Beleidigung oder einer leichten Körperverletzung. Der Gesetzgeber hat damit das verständliche Streben des in seinem Ehrgefühl verletzten Täters nach persönlicher Ehrenhaftigkeit berücksichtigt. Dieses von der Rechtsordnung gebilligte Motiv bildet einen Anreiz zur Tat, der die von der Rechtsordnung geforderte Motivation erschwert <sup>4)</sup>. Es handelt sich um ein Schuldmoment, das in seinen äußeren Anzeichen bestimmt, präsumiert ist und zum normativen Schuldelement gehört.

Der Täter muß aber auch "auf der Stelle" handeln, d. h. in der Gemütsregung, in der er sich auf Grund des ihm zugefügten Übels befindet. Es liegt keine objektive Zeitbestimmung vor, das Merkmal "auf der Stelle" beschreibt vielmehr den Zeitraum, in dem der Affekt andauert <sup>5)</sup>. Damit wird trotz objektiver Fassung des Gesetzes unmittelbar auf die Psyche des Täters abgestellt. Dieser schein-objektivierte Schuldumstand trägt der Beeinträchtigung der Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit des Täters Rechnung und betrifft somit die Schuldfähigkeit.

Hinsichtlich des § 199 wird behauptet, er stelle keinen Strafmilderungsgrund dar, da der Richter die Strafgewalt überhaupt nicht ausübe, sondern gerade davon absehe <sup>6)</sup>. Dieses Argument kann jedoch nicht überzeugen. Wenn in § 199 als einzige

1) Lohner, S. 65 ff., ist anderer Meinung. Er nimmt bei allen Milderungsfällen, die hier als Schuldinmilderungsgründe verstanden werden, nur eine Minderung der Rechtswidrigkeit an. Auf die Ansicht Lohners wird besonders eingegangen. Vgl. unten S. 26 ff.

2) Anders § 157 a. F., der präsumtive Schuldumstände beinhaltet.

3) Siehe oben S. 16

4) Hegler, ZStW 36, 215 f.; Schoetensack, VDA II, 403 f.

5) Frank, § 199 Anm. II 2; Schaefer, LK, § 199 Anm. II 2; Schöнке-Schröder, § 199 Anm. III; Schwarz-Dreher, § 199 Anm. 1 A; RGSt 70, 331; OLG Braunschweig, NJW 1948, 698

6) Reiff, NJW 1958, 982; Schwarz, NJW 1958, 10

Rechtsfolge die Straffreierklärung genannt wird, so ist dies darauf zurückzuführen, daß der Straffrahmen des § 185 nach unten ohnehin nur durch die allgemeinen Bestimmungen über die Mindeststrafen (§§ 16 Abs. 1, 27 Abs. 2 Nr. 1) begrenzt ist. Bis zu diesem gesetzlichen Minimum kann der Richter schon nach den allgemeinen Regeln der Strafzumessung gehen. Darüber hinaus wurde durch § 199 eine weitere Möglichkeit eingeräumt, nämlich die Straffreiheit, in der die Strafmilderung ihren letztmöglichen Grad erreicht: den Nullpunkt der Strafzumessung <sup>1)</sup>.

### 3) § 213 (in seinem benannten mildernden Umstand)

§ 213, der in § 212 seinen Normalfall hat, beschreibt in dem Merkmal "Zufügung einer Mißhandlung oder schweren Beleidigung" (ähnlich wie die Retorsionsvorschriften) das begreifliche Streben des Täters nach der Verteidigung seiner Ehre <sup>2)</sup>. Der Gesetzgeber nennt dieses billigenswerte Motiv, das den Schuldvorwurf in seinem normativen Element mildert, in seinen äußeren Indizien, so daß es sich um einen präsumtiven Schuldumstand handelt.

Daneben beinhaltet § 213 die Merkmale "Reizung" und "Hingerissensein", die - subjektiv gefaßt - die Gemütsregung des Täters über das ihm widerfahrene Ungemach beschreiben. Diese beeinträchtigt die Einsichtsfähigkeit und die freie Willensbildung des Täters, da er unter der Herrschaft des Zornes handelt. Die beiden Merkmale stellen also primärpsychische Schuldumstände innerhalb der Schuldfähigkeit dar. Wenn § 213 darüber hinaus das Merkmal "auf der Stelle" beinhaltet, so ist dasselbe noch einmal ausgedrückt. Wie in §§ 199, 233 umschreibt der Gesetzgeber damit ebenfalls die Gemütsbewegung des Täters <sup>3)</sup>. Da dies aber bereits durch die Momente "Reizung" und "Hingerissensein" ausgedrückt wird, verlangt § 213 die doppelte Subsumtion desselben Lebenssachverhaltes. Es liegt ein Pleonasmus vor. Das schein-objektivierte Schuldmerkmal "auf der Stelle" könnte ersatzlos gestrichen werden.

Die Provokation muß "ohne eigene Schuld" des Täters stattfinden, d. h. er darf seinem Opfer nicht schuldhaft genügende Veranlassung zur Beleidigung oder Mißhandlung geben <sup>4)</sup>. Der Gesetzgeber hat damit die Motivationslage konkretisiert: nur wenn der Täter "ohne eigene Schuld" provoziert wurde, soll § 213 in seiner 1. Alternative zum Zuge kommen. Das Merkmal "ohne eigene Schuld" ist also

1) Küster, NJW 1958, 1660

2) Zust. Schmidhäuser, S. 200

3) Schaefer, LK, § 213 Anm. II 3; Schönke-Schröder, § 213 Anm. II 2b

4) OGHSt 2, 342; ebenso Frank, § 213 Anm. II 4; Maurach, BT, S. 36; Schaefer, LK, § 213 Anm. II 2; Schwarz-Dreher, § 213 Anm. 1 A b; RGJW 1936, 2998; RGDR 40, 682

ein präsumtiver Schuldumstand, der zum normativen Schuldelement gehört und in der Form einer Wertung objektiv gefaßt ist <sup>1)</sup>.

Die "anderen mildernden Umstände" in § 213 scheiden als unbenannte Strafzumessungsgründe aus der Betrachtung aus.

#### 4) § 216

Aufbauend auf § 212 als dem Normalfall ist die "Tötung auf Verlangen" ein besonders markanter Fall eines Schuldumstandes. Der Gesetzgeber beschreibt die Motivationslage des Täters, der "durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt" worden sein muß. Es wird ihm die (vom Gesetzgeber vermutete) Nächstenliebe als ein von allen Normbereichen, die die Bewertung menschlichen Verhaltens zum Gegenstand haben, gebilligter Handlungsantrieb zugute gehalten. Dieser ethisch hochstehende Anreiz zur Tat bringt den Täter regelmäßig in eine notstandsähnliche Lage: Die Barmherzigkeit fordert von ihm, dem Verlangen des Lebensmüden zu entsprechen, während das Gesetz (ebenso wie Ethik und Religion) von ihm verlangt, das fremde Leben unangetastet zu lassen <sup>2)</sup>. § 216 hat zwei besondere Merkmale gegenüber § 212: Das "ausdrückliche und ernstliche Verlangen" ist ein präsumtiver Schuldumstand, da bei Vorliegen dieses Verlangens eine bestimmte Motivation des Täters vermutet wird. Ebenso wie der primär-psychische Schuldumstand "Bestimmtsein" betrifft er das normative Schuldelement.

#### 5) § 217

Bei der Kindstötung, deren Normalfall ebenfalls § 212 ist, resultiert der mildere Schuldvorwurf aus den beiden Umständen "in oder gleich nach der Geburt" und "uneheliches Kind". Die Täterin ist auf Grund der Anstrengung, die die Geburt mit sich gebracht hat, in einem Erschöpfungszustand, der regelmäßig zu einer verminderten Hemmungsfähigkeit gegenüber Anreizen zu gesetzwidrigem Verhalten führt. Die Mutter ist in diesem Zustand der Ermattung in ihrer Fähigkeit zur Willensbildung stark beeinträchtigt und muß deshalb besondere Willensstärke aufbieten, wenn sie ihr Verhalten nach ihrer Einsicht normgemäß steuern will. In dieser Situation liegen nun bei der unehelichen Mutter Antriebe zur Tötung des neugeborenen Kindes vor, da sie eine Verschlechterung ihrer sozialen Lage befürchten muß: Sie steht vor Schande und wirtschaftlicher Not <sup>3)</sup>. Aber nur die uneheliche Mutter

1) Vgl. Hegler, JW 1923, 1033 und Jagusch, LK, § 54 Anm. 4 mit umfangreichen Nachweisen zu dem Merkmal "unverschuldet" in § 54; vgl. ergänzend Marcetius, S. 64 f.

2) Eduard v. Liszt, S. 164 ff.

3) Eduard v. Liszt, S. 132 ff.

befindet sich in dieser schwierigen Lage, so daß es unberechtigt erscheint, auch die eheliche Mutter zu privilegieren. Auch letztere ist zwar auf Grund des Geburtsvorganges physisch und psychisch stark in Anspruch genommen, es fehlen aber die Anreize zur Tat, die bei der unehelichen Täterin regelmäßig vorliegen. Die mögliche wirtschaftliche Notlage allein kann kein Grund für eine allgemeine Privilegierung sein, da eheliche Mütter meist in finanziell geordneten Verhältnissen leben <sup>1)</sup>. Deshalb besteht für sie grundsätzlich kein besonderer Antrieb zur Tat, der ihre elementare Pflicht zur Sorge für das Kind berühren könnte. Daran ändert auch die (mehr als fragwürdige, aber hier nicht widerlegbare) Behauptung Eduard v. Liszts, Thierfelders und Wallachs <sup>2)</sup> nichts, wonach die Mutterliebe "erfahrungsgemäß" nicht sofort "erwache" <sup>3)</sup>. Die Verpflichtung zur Sorge der Mutter für ihr Kind ist davon unabhängig. Wenn dennoch in E 1925 (§ 225) und E 1927 (§ 252) das Privileg des § 217 auf die eheliche Mutter ausgedehnt werden sollte, so war dies auch nicht durch die damalige allgemeine wirtschaftliche Situation gerechtfertigt. Es ist daher nur erfreulich, wenn dieser Gedanke in späteren Entwürfen nicht mehr auftaucht, obwohl das ausländische Strafrecht teilweise andere Wege geht <sup>4)</sup>.

Das Merkmal "uneheliches Kind" in § 217 ist - wie schon oben ausgeführt wurde - ein präsumtiver Schuldumstand, der zum normativen Schuld-element gehört <sup>5)</sup>. Dagegen stellt "in oder gleich nach der Geburt" einen schein-objektivierten Schuldumstand dar, der etwas über die Schuldfähigkeit der Täterin aussagt <sup>6)</sup>. Das Wort "Mutter" schließlich schränkt den in Frage kommenden Täterkreis sinngemäß ein <sup>7)</sup>.

1) Zust. Gummersbach, JW 1934, 264

2) Eduard v. Liszt, S. 141 Anm. 3; Thierfelder, S. 65 f.; Wallach, S. 62

3) Eduard v. Liszt, S. 141 Anm. 3

4) Im französischen (Art. 302 Abs. 2 Code Pénal), österreichischen (§ 139 Strafgesetz) und schweizerischen (§ 116 Strafgesetzbuch) Strafrecht wird auch die eheliche Mutter privilegiert. Allerdings ist nach § 139 Österreichisches Strafgesetz die Strafmilderung für die uneheliche Mutter weitergehend als diejenige für die eheliche.

5) Siehe oben S. 8 f., mit den Literaturnachweisen in Anm. 1 (S. 9)

6) Siehe oben S. 9, mit Nachweisen aus Lehre und Praxis in Anm. 3; eine regelmäßige Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit der Gebärenden bestreiten Bischoff, Gross-Arch. XXIX, 135 und Wachenfeld, GA 70, 257

7) Es liegt ein sog. "uneigentliches Sonderdelikt" vor; vgl. dazu Schröder, SJZ 1950, Sp. 568; BGHSt 1, 240

## 6) §§ 248a, 264a

Der gleiche Wortlaut der beiden Vorschriften berechtigt - wie bei §§ 199, 233 - zu einer gemeinsamen Behandlung der Bestimmungen. Was für die eine ausgeführt wird, gilt auch für die andere.

Die Normalfälle der §§ 248a, 264a sind §§ 242, 246 bzw. 263. In §§ 248a, 264a findet Beachtung, daß der Täter "aus Not" handelt, d.h. zur Beseitigung einer Notlage. Wer stiehlt, unterschlägt oder betrügt, um seinen Notbedarf zu decken, handelt nicht in gleichem Maße vorwerfbar wie der gemeine Täter nach §§ 242, 246 und 263. Das Merkmal "aus Not" betrifft den inneren Zustand des Täters unmittelbar und ist deshalb ein primär-psychischer Schuldumstand. Da er etwas über die Antriebe des Täters zur Tat besagt, gehört er zum normativen Schuldelement.

Wenn Gegenstand der Nottaten nur "geringwertige Gegenstände" sein können, so betreffen sie den Schuldvorwurf allenfalls als mittelbare Schuldmerkmale. Die Vorwerfbarkeit wird davon nicht unmittelbar berührt<sup>1)</sup>. Zum allein in Frage kommenden normativen Schuldelement gehören sie nicht. Der Druck der wirtschaftlichen Unterhaltssorgen kann den Täter ebenso veranlassen, sich zur Linderung seiner Not an wertvollen Gegenständen zu vergreifen, wenn geringwertige Gegenstände nicht ausreichen (z.B. wenn der Täter eine sehr große Familie hat) oder nicht vorhanden sind. Die Motivationslage ist vom Gegenstand der Straftat nur insoweit betroffen, als dies bereits in dem Merkmal "aus Not" zum Ausdruck kommt; Die entwendeten bzw. erschlichenen Gegenstände müssen der Deckung des Notbedarfs dienen.

## 7) § 313 Abs. 2

Der Schuldmilderungsgrund § 313 Abs. 2, der in § 313 Abs. 1 seinen Normalfall hat, berücksichtigt eine innere Zwangslage, die notstandsähnlichen Charakter trägt. Der Täter befindet sich - ähnlich wie in §§ 248a, 264a - in einer seelischen Notlage, da er glaubt, zur Rettung seines Eigentums fremdes Eigentum beschädigen zu müssen<sup>2)</sup>. Die "nur auf Schutz seines Eigentums gerichtete Absicht" des Täters ist ein primär-psychischer Schuldumstand, der zum normativen Schuldelement gehört<sup>3)</sup>.

1) Zust. Martens, S. 8 f.; Thierfelder, S. 82; a. A. Daniel, S. 41; Kohlrausch-Lange, § 248a Anm. V

2) Ebenso Merkel, Grundriß, S. 95 f.; Siegert, S. 58; v. Ullmann, VDB IX, 80

3) Eine dem § 313 Abs. 2 entsprechende Vorschrift kennen E 1960 und E 1962 nicht. Vgl. §§ 328 der E 1960 und E 1962

## 8) § 370 Nr. 5

§§ 242, 246 sind - wie bei § 248a - die Normalfälle des in der Praxis wichtigen Schuldumstandes § 370 Nr. 5. Es wird dem Täter in gewissem Umfang Verständnis entgegengebracht, wenn er sich an fremdem Gut vergreift, um damit ein augenblickliches Bedürfnis oder Gelüst zu befriedigen<sup>1)</sup>: "Zum alsbaldigen Verbrauch". Wer einem momentanen Verlangen nicht widerstehen kann und sich deshalb fremde Gegenstände zueignet, kann dem gemeinen Täter nach §§ 242, 246 nicht gleichgestellt werden. Der Mundraubtäter handelt nicht in gleichem Maße vorwerfbar.

Neben der Absicht des "alsbaldigen Verbrauchs" als primär-psychischem Schuldumstand bezeichnet § 370 Nr. 5 aber auch den Gegenstand der Tat, nämlich "Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte". Wie bei §§ 248a, 264a bezüglich der "geringwertigen Gegenstände" handelt es sich auch hier hinsichtlich der Merkmale "geringe Menge" und "unbedeutender Wert" nicht um Schuldumstände. Da die Fälle völlig gleich gelagert sind, kann auf die bei §§ 248a, 264a gegebene Begründung verwiesen werden<sup>2)</sup>.

Die Momente "Nahrungs- oder Genußmittel" und "Verbrauchsgegenstände" stellen eine objektive Fassung der Absicht der Befriedigung eines gegenwärtigen Gelüsts oder Bedürfnisses dar. Dabei handelt es sich trotz des Merkmals "zum alsbaldigen Verbrauch" nicht um einen Pleonasmus, da auch andere Gegenstände als die in § 370 Nr. 5 genannten aus einem momentanen drängenden Verlangen entwendet oder unterschlagen werden können. Die Nennung dieser Gegenstände stellt eine Modifikation der Motivationslage dar. Werden andere als die in § 370 Nr. 5 aufgezählten Sachen entwendet, so kann dem Täter die Privilegierung dieser Vorschrift nicht zugute kommen. So können z.B. die Tatantriebe des glühenden Verehrers eines Filmstars, der an einem Zeitungskiosk ein Magazin sieht, in dem er den verehrten Schauspieler abgebildet weiß, und es aus einem plötzlich erwachten Gelüste entwendet, nur innerhalb des normalen Strafrahmens des § 242 berücksichtigt

1) Daniel, S. 40; Maurach, BT, S. 209; Schönke-Schröder, § 370 Anm. V 3b; Schwarz-Dreher, § 370 Nr. 5 Anm. Db; Thierfelder, S. 77; Welzel, S. 303; Werner, LK, § 370 Anm. V 7; RGSt 53, 230. A. A.: Martens, S. 21; Mezger, Lb., S. 323 und Phleps, S. 24, die in § 370 Nr. 5 einen Fall geringerer Sozialschädlichkeit und keinen Schuldumstandsgrund sehen. Sie folgen damit Frank, § 370 Anm. V 3a, der nicht für erforderlich hält, daß die Tat zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses oder Gelüsts geschieht.

2) Siehe oben S. 24

a. A. Daniel, S. 41, 46, der einen Schuldumstand annimmt.

werden.

Die Schuldmerkmale des § 370 Nr. 5 gehören zum normativen Schuldelement, da sie die Motivationslage des Täters betreffen.

### 9) § 26 WStG (Wehrstrafgesetz)

Die Normalfälle sind die in § 26 WStG aufgenommenen §§ 19 Abs. 1 (Ungehorsam mit schwerer Folge), 20 (Gehorsamsverweigerung) und 25 (tätlicher Angriff) WStG. Mit dem Merkmal "vorschriftswidrige Behandlung eines Vorgesetzten" wird die Vermutung aufgestellt, daß der Täter seine Ehre verteidigen will. Es liegt ein präsumtiver Schuldumstand im Rahmen des normativen Schuldelements vor. Dazu kommen in der "Erregung" und dem "Hingerissensein" primär-psychische Schuldumstände, die die Schuldfähigkeit betreffen. Das Merkmal "begreiflich" entspricht in etwa dem Moment "ohne eigene Schuld" in § 213. Es handelt sich um eine Konkretisierung der Motivationslage des Täters in der Form einer Wertung. Ist die Erregung begreiflich, so wird eine bestimmt geartete seelische Überdrucksituation vermutet. Es liegt ein präsumtiver Schuldumstand vor, der sich auf das normative Schuldelement bezieht.

Dem Täter wird also bei § 26 WStG insgesamt zugute gehalten, daß sein Streben nach Ehrenhaftigkeit einen starken Anreiz zur Tat bildet, so daß im Affekt die pflichtgemäße Motivation (die Pflicht zum militärischen Gehorsam) wesentlich erschwert ist.

### III. DIE ABWEICHENDE MEINUNG LOHNERS

Bereits bei der Erörterung des § 157 wurde darauf hingewiesen, daß der Maurach-Schüler Lohner zu völlig anderen Ergebnissen kommt. Lohner geht von der finalen Handlungslehre und damit von einem völlig anderen Schuldbegriff als der Verfasser dieser Arbeit aus. Von diesem Ausgangspunkt kommend zieht er Folgerungen, die sich von der hier vertretenen Auffassung in den wesentlichen Punkten unterscheiden. Es erscheint deshalb zweckmäßig, die abweichende Ansicht Lohners zusammenhängend darzustellen.

Nach Lohner wird die Schuld durch die beiden intellektuellen Momente "Schuldfähigkeit" und "Bewußtsein der Rechtswidrigkeit" konstituiert. Er geht davon aus, daß die Schuld kein voluntatives Element enthält <sup>1)</sup>. Die Motive, Zwecke und Absichten des Täters üben nach Lohner entscheidenden Einfluß auf den die Tat gestaltenden Handlungswillen aus und gehören deshalb zum Vorsatz und wie dieser

---

1) Lohner, S. 53

zum "Unrechtstatbestand" <sup>1)</sup>. Welzel, der zu Unrecht die Willensentschließung und die Willensbildung trenne und voluntative Bestandteile in die Schuld aufnehme <sup>2)</sup>, weiche damit den notwendigen Konsequenzen der finalen Handlungslehre aus <sup>3)</sup>. Die Zumutbarkeit sei kein konstitutives Schuldmerkmal, sondern Eigenschaft der Handlung selbst. Wenn schon der Vorsatz zur Unrechtsindizierung gehöre, müßten in Erweiterung der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen auch die Motive des Täters Unrechtsmerkmale sein. Werde ein finaler Handlungsbegriff anerkannt, seien alle subjektiven Faktoren, die auf den Willen Einfluß haben, zur Unrechtskonstituierung heranzuziehen. Daß sich die Motive auf die Entschlußfassung auswirken, könne nicht gut bestritten werden. Letzten Endes falle der Endzweck des Handelns immer mit den Beweggründen des Handelnden zusammen. Die Motive gradierten das Unrecht, da sie den Handlungswillen beeinflussten und damit den Handlungsunwert der jeweiligen Tat verringerten oder verstärkten - je nach dem Motiv <sup>4)</sup>.

Die Meinung Lohners kann hier insoweit nicht kritisiert werden, als sie eine notwendige Konsequenz seiner Schuldaufassung darstellt. Es wurde bereits festgestellt, daß mehrere Schuld begriffe nebeneinander bestehen können, ohne daß einer davon falsch sein muß <sup>5)</sup>. Lohners Ansicht scheint aber doch einen recht schwachen Punkt zu haben. Sie vermag die Existenz der §§ 52, 54, die er als Schuld ausschließungsgründe anerkennt <sup>6)</sup>, nicht zu erklären. Die Behauptung Lohners, daß es sich um Ausnahmerscheinungen handle, die in einzelnen Delikten keinen Niederschlag finden könnten, kann keine befriedigende Begründung sein. Wenn die Schuld lediglich aus der Schuldfähigkeit und dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit besteht, können sonstige Elemente auch nicht in Ausnahmefällen zu ihr gehören.

Von einem solchen Ausgangspunkt kommend ist es nur folgerichtig, wenn Lohner zu dem Ergebnis gelangt, daß alle Umstände der Schuld milderungsgründe, die vom Verfasser dieser Arbeit zum normativen Schuldelement gerechnet werden, zur Rechtswidrigkeit gehören. Im Falle des § 217 z. B. motiviere die besondere Situation der unehelichen Mutter bei der Geburt den Vorsatz dergestalt, daß die Handlung selbst in ihrer Relation zu den Anforderungen der Rechtsordnung eine geringere Intention aufweise. Der Widerspruch einer solchen Handlung zur Rechtsordnung erscheine deshalb nicht so groß wie im Normalfall des § 212. Da der Handlungswille geringer sei, verliere die Sozialschädlichkeit der Tat an Bedeu-

---

1) Lohner, S. 209 f.

2) Vgl. Welzel, S. 158 ff.; ders., Recht und Staat, 146, 26

3) Lohner, S. 53, 55

4) Lohner, S. 66 f.

5) Siehe oben S. 5

6) Lohner, S. 24, 55

tung <sup>1)</sup>).

Von den vom Verfasser dieser Arbeit zur Schuldfähigkeit gerechneten Merkmalen erörtert Lohner nur den Umstand "in oder gleich nach der Geburt" des § 217, den er als "objektive Bedingung der besonderen Strafbarkeit des § 217" bezeichnet <sup>2)</sup>. Lohner ist hier einer Gefahr erlegen, die er an anderen Stellen klar erkennt: Die gesetzliche Fassung von Tatumständen darf über deren dogmatische Stellung nicht hinwegtäuschen.

#### IV. ERGEBNIS

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen sind abschließend folgende Schuld mildernsgründe zu nennen: §§ 157, 199 und 233 (jeweils für den Rotorquenten), 213 (in seinem benannten mildern den Umstand), 216, 217, 248a, 264a, 313 Abs. 2, 370 Nr. 5 und § 26 WStG.

Die Schuldmerkmale der Schuld mildernsgründe gehören zur Schuldfähigkeit oder zum normativen Schulselement. Ist die Motivationslage sehr schwierig, so rechtfertigt dieser Umstand allein die Einführung eines Schuld mildernsgrundes (z. B. §§ 157, 216). Sind weniger starke Anreize zur Tat gegeben, so muß eine Affektlage hinzukommen (z. B. §§ 213, 217) oder andere Merkmale wie z. B. die "Geringwertigkeit" in §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 <sup>3)</sup>. Die Affektlage allein rechtfertigt dagegen nie die Einführung eines Schuld mildernsgrundes <sup>4)</sup>. Sie trägt aber in den genannten Fällen dazu bei, daß die billigen swerte Motivation im Handlungsentschluß des Täters für unser Verstehen starker ins Gewicht fällt.

---

1) Lohner, S. 23 f.

2) Lohner, S. 25, 163

3) Die rechtliche Einordnung dieser Merkmale wird später geschehen; siehe unten S. 48 f.

4) Vgl. Schmidhäuser, S. 200

## ZWEITES KAPITEL

DIE BEDEUTUNG DER SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE  
FÜR DIE TATBESTANDSLEHRE

## A. VERSCHIEDENE TATBESTANDSBEGRIFFE

Wie bereits festgestellt, setzt die strafrechtliche Schuld rechtswidriges menschliches Verhalten voraus. Da die Rechtswidrigkeit an bestimmte vom Gesetzgeber festgelegte Handlungen anknüpft, wurden Spezialbegriffe des Verhaltens gebildet, die gegenüber Rechtswidrigkeit und Schuld ein weiteres Verbrechenmerkmal darstellen und als "Tatbestände" bezeichnet werden. Nun ist das Wort "Tatbestand" aber bekanntlich mehrdeutig. Man ist sich uneinig darüber, welche Bestandteile in den "Tatbestand" aufgenommen werden sollen. Es wird unter dieser Bezeichnung verschiedenes verstanden, je nachdem welche dogmatische Funktion die einzelnen Tatbestandsbegriffe erfüllen sollen. Die wichtigsten von ihnen sollen im folgenden erörtert werden, soweit sie im Zusammenhang mit den Schuldmilderungsgründen Bedeutung haben.

## I. AUSZUSCHIEDENDE BEDEUTUNGEN DES WORTES "TATBESTAND"

Ausgehend von der ursprünglichen Aufgabe des "Tatbestandes", menschliches Verhalten zu beschreiben, können alle diejenigen Bedeutungen des Wortes "Tatbestand" aus den Überlegungen ausgeklammert werden, die diese Funktion nicht betreffen. Das gilt einmal für die sog. "konkreten Lebenstatbestände", die zweckmäßiger als "Lebensvorgänge" oder "Lebenssachverhalte" bezeichnet werden sollten, und zum anderen für den untechnischen Gebrauch des Wortes "Tatbestand", das lediglich ein Synonym für "Strafnorm" darstellt.

Darüber hinaus interessieren nur diejenigen Tatbestandsbegriffe, die in einer wesentlichen Funktion der Verhaltensbeschreibung dienen. Deshalb ist der "allgemeine Tatbestand" <sup>1)</sup> auszuschneiden, unter dem nur die Merkmale verstanden werden, die allen Verbrechen gemeinsam sind, also das typische Verhalten der einzelnen Verbrechenarten gerade nicht umfassen. Unerörtert bleiben kann auch der "Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre" i. S. Mezgers <sup>2)</sup>, der als die Gesamtheit aller

- 
- 1) Frank vor § 1 Anm. III; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 65, 164; Köhler, AT, S. 89; v. Liszt-Schmidt, S. 180; Merkel, Lb., S. 34; Mezger, Lb., S. 175; gegen den "allgemeinen Tatbestand" sprechen sich aus: Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 2; M. E. Mayer, Lb., S. 8 Anm. 17
- 2) NJW 1953, 2; Lb., S. 175; Maurović-Festschrift, S. 293 (= Sonderabdruck, S. 1); Traeger-Festschrift, S. 187 f.

Voraussetzungen verstanden wird, an deren Vorhandensein eine bestimmte Rechtsfolge - im Strafrecht die Bestrafung - geknüpft ist. Engisch nennt diesen Tatbestandsbegriff "Tatbestand im Sinne der Rechtstheorie" <sup>1)</sup>, Arthur Kaufmann "gesetzlichen Tatbestand" <sup>2)</sup>, v. Liszt-Schmidt "Tatbestand im weitesten Sinne" <sup>3)</sup> und Welzel "Tatbestand im weiteren Sinne" <sup>4)</sup>. Als Inbegriff aller materiellen Voraussetzungen der Strafdrohung beinhaltet er nicht nur das menschliche Verhalten, sondern auch die übrigen Verbrechenselemente (Rechtswidrigkeit und Schuld). Dasselbe gilt auch vom "Verbrechenstatbestand" i. S. Engischs, der ebenfalls alle ("allgemeinen oder besonderen, positiven oder negativen, geschriebenen oder ungeschriebenen") Verbrechensmerkmale umgreift <sup>5)</sup>.

## II. DER DELIKTSTYPUS

Ausgehend vom Tatbestand als einem verhaltensbeschreibenden Verbrechenselement soll die Aufmerksamkeit zunächst einem Tatbestandsbegriff gelten, der nicht einseitig an der Rechtswidrigkeit oder der Schuld orientiert ist, sondern das menschliche Verhalten allgemein erfaßt. Diesen Anforderungen entspricht der von Gallas <sup>6)</sup> und Arthur Kaufmann <sup>7)</sup> im Anschluß an Beling <sup>8)</sup> entwickelte "Deliktstypus" <sup>9)</sup>, der "Garantietatbestand" i. S. Lang-Hinrichsens <sup>10)</sup> und Engischs <sup>11)</sup>, der "Handlungstatbestand" i. S. Mezgers <sup>12)</sup>, der "besondere Tatbestand" nach v. Liszt-Schmidt <sup>13)</sup> und Mezger <sup>14)</sup> sowie der "nur der Individualisierung dienende Tatbestand" i. S. Bruns' <sup>15)</sup>. Das Wort Deliktstypus erscheint besonders zutreffend, weil

1) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 130

2) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 164 ff.

3) v. Liszt-Schmidt, S. 180

4) Welzel, S. 52

5) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 130 f.; im gleichen Sinne verwendet auch Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S. 463, das Wort "Tatbestand".

6) ZStW 67, 17 ff., 29

7) JZ 1956, 354

8) Lehre vom Verbrechen, S. 3, 21, 24, 110 ff.; allerdings unterschied Beling zuletzt die Begriffe "Tatbestand" und "Deliktstypus": Lehre vom Tatbestand, S. 1 ff., 11; Grundzüge, S. 24 ff., 29 ff.

9) Vgl. auch BGHSt 2, 395, wo "Deliktstypus" und "Straftatbestand" gleichgesetzt werden.

10) JR 1952, 307

11) Mezger-Festschrift, S. 131 f.

12) NJW 1953, 2

13) S. 180 f.

14) Lb., S. 175

15) S. 21 ff.

es bei einer Gegenüberstellung mit dem "Unrechtstypus" und dem "Schuldtypus" schon von seinem Wortsinne her etwas über seine Bedeutung herzugeben vermag.

Der Deliktstypus umfaßt alle typischen Merkmale der einzelnen Verbrechenarten und beschränkt sich auch darauf <sup>1)</sup>. Er deckt sich nicht völlig mit den übrigen soeben genannten Tatbestandsbegriffen. So unterscheidet sich z. B. der Garantietatbestand zumindest dadurch, daß er neben den typischen Verbrechenmerkmalen der Strafnormen auch die gesetzlich geregelten Rechtfertigungsgründe beinhaltet. Er betrifft alle Umstände, die gesetzlich garantiert sind, für die der Grundsatz "nullum crimen, nulla poena sine lege" gilt <sup>2)</sup>. Es ist hier jedoch nicht die Aufgabe, solchen Verschiedenheiten nachzugehen. Vielmehr sind die wichtigsten Tatbestandsbegriffe zu nennen, die nicht einseitig mit der Rechtswidrigkeit oder der Schuld korrespondieren, sondern die menschlichen Handlungen ganz allgemein beschreiben.

Der Deliktstypus beschreibt das Verhalten in einer Summe von Tatbestandsmerkmalen, die im Wege der Abstraktion aus der Fülle der tatsächlichen Lebensvorgänge gewonnen werden und - das gilt vor allem für die normativen Tatbestandselemente - noch ausfüllungsbedürftig sind. Der Gesetzgeber nimmt bei der Bildung der einzelnen Deliktstypen aus einer Unzahl von Fällen das Gemeinsame, für das Strafrecht Wesentliche heraus und faßt es in der Form von abstrahierten Merkmalen zusammen. Die Tatumstände enthalten stets den Begriff eines bestimmten Verhaltens (z. B. Tötung eines Menschen in § 212). Die Person des Täters wird ganz allgemein ("Wer ...") genannt oder näher umgrenzt (z. B. "Ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher ..." in § 356). Das Verhalten wird entweder unmittelbar beschrieben (z. B. "Beleidigung" in § 185) oder durch Nennung von Umständen der Tat näher ausgestaltet. Zu diesen sind zu zählen: Die Qualifikationen des Objekts der Tat (z. B. "Wild" in § 292) und sonstige Einzelheiten wie das Mittel zur Ausführung der Tat (z. B. "Waffe" in § 223a), bestimmte Erfolge des Verhaltens (z. B. "der Tod des Verletzten" in § 226), örtliche Beziehungen (z. B. die umfangreichen Aufzählungen in § 310a) und anderes mehr.

Der Gesetzgeber stand bei der Fassung der Deliktstypen vor dem Problem, zwischen Generalisierung und Spezialisierung einen gangbaren Mittelweg finden zu müssen. Dabei waren Gesichtspunkte verschiedener Art zu berücksichtigen: Bei allzu kasuistischer Spezialisierung besteht die Gefahr, daß strafwürdiges Verhalten nicht erfaßt wird, während umgekehrt die allzu großzügige Generalisierung ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG darstellen würde, wonach die Strafbarkeit einer Tat gesetzlich bestimmt sein muß. Auch aus dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Gewalt-

1) Vgl. Arthur Kaufmann, JZ 1956, 354

2) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 131

tenteilung ergeben sich Bedenken gegen Generalklauseln. Neben diesen beiden entscheidenden Gesichtspunkten spielen auch noch andere Umstände wie Volkstümlichkeit, Tradition und Verständlichkeit bei der Bildung der Deliktstypen eine Rolle <sup>1)</sup>.

Auf Grund dieser Gegebenheiten versucht der Gesetzgeber zunächst, möglichst weitgehend zu abstrahieren. Andererseits können ihm aber auch besondere Merkmale bestimmter Verhaltensarten so wichtig erscheinen, daß er sie in den Deliktstypus aufnimmt. Es bestehen dabei mehrere Möglichkeiten: Einmal können die betreffenden Umstände von vornherein zu Bestandteilen der Deliktstypen gemacht werden (z. B. kann nur eine "bewegliche" Sache gem. § 242 "weggenommen" werden), oder es werden neue Deliktstypen geschaffen, die von den Ausgangstatbeständen (oben wurden sie als "Normalfälle" bezeichnet) abgeleitet werden und zu ihnen im Verhältnis der Art zur Gattung stehen (z. B.: einfacher Diebstahl, § 242 - Einbruchsdiebstahl, § 243 Abs. 1 Nr. 2; Totschlag, § 212 - Tötung auf Verlangen, § 216).

Solche Einzelheiten werden aber sinnvollerweise nur dann tatbestandlich festgelegt, wenn ihnen in zweierlei Hinsicht Bedeutung zukommt: Einmal ist eine besondere Auswirkung auf die Strafbarkeit erforderlich, zum anderen muß wegen einer größeren Anzahl von Fällen ein kriminalpolitisches Interesse für die Aufnahme des einzelnen Umstandes in den Deliktstypus bestehen <sup>2)</sup>. Nur selten auftretende Fälle können ja im Wege der Strafzumessung innerhalb der gesetzlichen Strafraumen Berücksichtigung finden. Handelt es sich um ungewöhnlich strafmildernde Gesichtspunkte, so besteht die Möglichkeit, daß sie als "mildernde Umstände" zu einer Strafe führen, die bereits außerhalb des Normalstrafrahmens liegt. Diese mildern den Umstände verändern die ursprünglichen Strafdrohungen, einerlei ob sie nur allgemein genannt oder näher beschrieben sind (wie z. B. § 213, der beides miteinander verbindet). Gerade eine beispielhafte Aufzählung wie in § 213 - man spricht vom Grundsatz der Exemplifikation <sup>3)</sup> - stellt eine Möglichkeit für den Strafgesetzgeber dar, ungefährdet zwischen der Skylla der Kasuistik und der Charybdis der Generalklauseln hindurchzusteuern.

Die in den gesetzlichen Strafraumen berücksichtigten Strafzumessungsgründe, zu denen auch die die Strafraumen erweiternden mildernden Umstände und die beson-

---

1) Vgl. Lang-Hinrichsen, JR 1952, 306; JZ 1953, 363

2) Daß ein solches Interesse im Laufe der Zeit wegfallen kann, wurde bereits am Beispiel des § 236 2. Alt. dargelegt. Umgekehrt kann ein kriminalpolitisches Bedürfnis auch nachträglich erst entstehen, wie § 248b zeigt.

3) Vgl. dazu Engisch, Konkretisierung, S. 78 f., 154 ff.; Lange, Materialien, Bd. 1, S. 79, 84 und Niederschriften Bd. 1, S. 396 ff.

ders schweren Fälle rechnen, gehören nicht zum Deliktstypus. Er umfaßt aber alle sonstigen Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmale der einzelnen Verbrechenarten.

### III. DER UNRECHTSTYPUS

Der Unrechtstypus beinhaltet vor allem denjenigen Teil des Deliktstypus, der sich auf die Rechtswidrigkeitsmerkmale beschränkt, während er die reinen Schuldumstände und - wie schon der Deliktstypus - auch die Merkmale der Strafzumessungsregeln nicht umgreift. Er umfaßt den sachlichen Rechtswidrigkeitsgehalt der einzelnen Verbrechenarten, d. h. alle Voraussetzungen, bei deren Vorliegen das Nichtgesolltsein einer Handlung festgestellt werden kann. Dazu gehören auch die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, die die Rechtswidrigkeit mitbegründen, z. B. die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung bei § 113 <sup>1)</sup>. Er enthält die allgemeinen, negativen und ungeschriebenen Rechtswidrigkeitsmerkmale und ist somit einmal enger als der Deliktstypus, da er die Schuldumstände nicht umgreift, andererseits aber auch weiter, da er nicht nur typische Merkmale der einzelnen Verbrechenarten beinhaltet.

Das Wort "Tatbestand" hat in dieser Bedeutung die größte Verbreitung gefunden, da dem Unrechtstypus in der Strafrechtsdogmatik eine so wichtige Rolle zukommt. Die Terminologie ist allerdings nicht einheitlich. Beling, v. Liszt-Schmidt, Mezger und Sieverts gebrauchen die Bezeichnung "Unrechtstypus" <sup>2)</sup>, wobei Sieverts aus sprachlichen Gründen "Tatbestand" vorzieht <sup>3)</sup>. Busch, Engisch, Gallas, Schröder, v. Weber und neuerdings auch Mezger haben sich für das Wort "Unrechts-tatbestand" ausgesprochen <sup>4)</sup>. Im übrigen wurden für entsprechende Tatbestandsbegriffe folgende Termini gewählt: "Verbotsmaterie" von Arthur Kaufmann und Welzel <sup>5)</sup>, "Gesamtatbestand" von Lang-Hinrichsen und Roxin <sup>6)</sup>, "Tatbestand im

1) Bruns, S. 47; Cramer, S. 112 f.; Engisch, Mezger-Festschr., S. 132 und Sauer, ebd. S. 120 f.; Zimmerl, Tatbestand, S. 24 ff., 75

2) Beling, Grundzüge, S. 24, 29 ff.; v. Liszt-Schmidt, S. 180, jedoch wird die Bezeichnung "besonderer Tatbestand" in derselben Bedeutung verwendet; Mezger, Maurovič-Festschrift, S. 295 ff. (= Sonderabdruck S. 3 f.); ders., Traeger-Festschrift, S. 191; Sieverts, Beiträge, S. 112 Anm. 92

3) Sieverts, Beiträge, S. 113 Anm. 92

4) Busch, Moderne Wandlungen, S. 8 f.; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; ders., Festschrift 100 Jahre deutscher Juristentag, Bd. I, S. 401 ff.; Gallas, ZStW 67, 31; Mezger, NJW 1953, 2; Schröder, ZStW 65, 186 ff.; v. Weber, Mezger-Festschrift, S. 186 ff.

5) Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356; Welzel, S. 52

6) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 307 und JZ 1953, 363; Roxin, S. 174 ff. Die Bezeichnung "Gesamtatbestand" wird nicht einheitlich verwendet, Schmidhäuser, S. 212,

weiteren Sinne" von Sauer <sup>1)</sup> und "der am Unrecht orientierte Tatbestand" von Bruns <sup>2)</sup>. Schließlich gebrauchen Lohner, Hellmuth Mayer, Schweikert und Zimmerl <sup>3)</sup> das Wort "Tatbestand" überhaupt nur in dieser dogmatischen Funktion.

Auch hier decken sich die Begriffe der einzelnen Autoren nicht vollständig. So ist es streitig, ob der Unrechtstypus und die weiteren ihm nahestehenden Tatbestandsbegriffe die ratio essendi der Rechtswidrigkeit bilden <sup>4)</sup> oder nur den Seinsgrund für die Zugehörigkeit der Tat zu der einzelnen Verbrechenart und damit lediglich die ratio cognoscendi für die Rechtswidrigkeit des Verhaltens <sup>5)</sup>; ob sich aus der Verwirklichung des Unrechtstypus die "Normwidrigkeit" des Verhaltens als Indiz der Rechtswidrigkeit ergibt <sup>6)</sup> und ob er als Tatbestand im Sinne des § 59 verstanden wird, mit dessen Hilfe der Gesetzgeber auch die Wertung über die Rechtmäßigkeit der einzelnen Handlung vollzieht <sup>7)8)</sup>. Auf solche Unterscheidungen ist hier nicht einzugehen, da es in diesem Zusammenhang lediglich darauf ankommt, daß die genannten Tatbestandsbegriffe diejenigen Merkmale als ihren Hauptbestandteil enthalten, die den typischen Rechtswidrigkeitsgehalt einer jeden Verbrechenart ausmachen. Es wird hier aber mit Engisch, Arthur Kaufmann, Lang-Hinrichsen, Mezger und Schröder davon ausgegangen, daß der Unrechtstypus den gesamten Unrechtsgehalt einer Tat erfaßt und somit den Realgrund ihrer Rechtswidrigkeit darstellt <sup>9)</sup>. Dies erscheint möglich und zweckmäßig, weil damit ein Tatbestandsbe-

---

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 33:

gebraucht sie z. B. für einen Tatbestandsbegriff, der dem Deliktstypus entspricht.

- 1) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 64 und Mezger-Festschrift, S. 120 ff.
- 2) S. 34 ff.
- 3) Lohner, S. 207; Hellmuth Mayer, AT, S. 107; Schweikert, S. 2 f. und 145; Zimmerl, Tatbestand, S. 8 ff., 74
- 4) Bruns, S. 38; Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Grünhut, Frank-Festgabe I, S. 5; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 307; ders. JZ 1953, 363; Mezger, Maurović-Festschrift, S. 300 Anm. 2 (= Sonderabdruck, S. 8 Anm. 2); ders. Traeger-Festschrift, S. 195; Roxin, S. 175; Zimmerl, Tatbestand, S. 7
- 5) Gallas, ZStW 67, 23 Anm. 53a; M. E. Mayer, Lb., S. 10, 185. Gegen den Unrechtstypus als den Erkenntnisgrund der Rechtswidrigkeit nimmt Mezger (Traeger-Festschrift, S. 194 ff., und ZStW 42, 367 f.) Stellung.
- 6) Maurach, AT, S. 229; Welzel, S. 47, 73
- 7) Gallas, ZStW 67, 29; Lohner, S. 207; Mezger, NJW 1953, 2; ders. StuB. AT, S. 97; Schröder, MDR 1953, 70
- 8) Zu diesen Fragen vgl. Engisch, Festschrift 100 Jahre deutscher Juristentag, S. 403 ff., 408
- 9) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 307; ders. JZ 1953, 363; Mezger, Maurović-Festschrift,

griff gefunden ist, der in seiner spezifischen Funktion die Merkmale festlegt, die die Handlung zu einer verbotenen machen. Werden dagegen einzelne Elemente, die die Rechtswidrigkeit mitbegründen, aus dem Unrechtstypus herausgenommen, so kann er als die Zusammenfassung der Rechtswidrigkeitsmerkmale nur beschränkte Bedeutung haben.

Es bleibt noch zu erörtern, ob auch subjektive Merkmale zum Unrechtstypus gehören können. Dies erscheint problematisch, weil das Rechtswidrigkeitsurteil über den objektiven Widerspruch der Tat mit der Rechtsordnung entscheidet. Beling <sup>1)</sup>, Nowakowski <sup>2)</sup> und Rittler <sup>3)</sup> lehnen deshalb subjektive Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsmerkmale ab, während Zimmerl <sup>4)</sup> sie nur sehr beschränkt zulassen will und auch Hellmuth Mayer <sup>5)</sup> sowie Wegner <sup>6)</sup> eine zurückhaltende Stellung beziehen. Goldschmidt bejaht zwar subjektive Tatbestandselemente, verneint aber die Existenz von subjektiven Rechtswidrigkeitsmerkmalen <sup>7)</sup>. Wie bereits dargestellt <sup>8)</sup>, geht Goldschmidt aber von einem sehr weit gefaßten Tatbestandsbegriff aus, der sich als Inbegriff der aus Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmalen zusammengesetzten Voraussetzungen der Strafbarkeit darstellt <sup>9)</sup>. Er muß somit ebenfalls als "Objektivist" bezeichnet werden, da für ihn nur die Schuldmerkmale subjektiv sind. Im Gegensatz zu der Ansicht der genannten Autoren gehören aber nach der heute ganz überwiegenden Meinung subjektive Elemente zum Unrechtstypus. Da es nicht an überzeugenden Begründungen fehlt, erscheint es überflüssig, hier die vorgebrachten Argumente zu wiederholen oder gar zu ergänzen. Eine abschließende Darstellung findet sich in den "Beiträgen" Sieverts'. Daneben sind vor allem auch die grundsätzlichen Abhandlungen von Hegler <sup>10)</sup>, Mezger <sup>11)</sup>

---

Fortsetzung der Fußnote 9 von Seite 34:

S. 300 Anm. 2 (Sonderabdruck, S. 8 Anm. 2); ders., Traeger-Festschrift, S. 194 ff.; Schröder, MDR 1953, 70

1) Lehre vom Verbrechen, S. 112, 178; Lehre vom Tatbestand, S. 11 ff.; Unschuld, S. 5 ff.

2) Strafrecht, S. 47

3) Lb., Bd. 1, S. 64, 68, 121 ff.

4) Tatbestand, S. 29 ff.

5) AT, S. 104 ff.

6) AT, S. 111 ff.

7) Frank-Festgabe I, S. 458 ff.

8) Siehe oben S. 30 Anm. 5

9) Frank-Festgabe I, S. 463

10) ZStW 36, 31 ff.; Frank-Festgabe I, S. 251 ff.

11) GS 89, 207; Traeger-Festschrift, S. 197 ff.; Moderne Wege, S. 22 ff.; Lb., S. 186 ff.; StuB, AT, S. 88 ff., 99

und neuerdings auch Schudt <sup>1)</sup> sowie die Auseinandersetzung Engischs mit der ablehnenden Meinung Rittlers in der Rittler-Festschrift <sup>2)</sup> zu erwähnen. Darüber hinaus enthalten die meisten Lehrbücher und Kommentare zustimmende Stellungnahmen; auch die Praxis bejaht subjektive Unrechtsmerkmale <sup>3)</sup>. Angesichts dieser Fülle zustimmender Meinungen mag es genügen, wenn darauf hingewiesen wird, daß der Unrechtstypus als die Beschreibung bestimmt gearteter menschlicher Verhaltensweisen sich auf das subjektive Verhalten beziehen kann, da die Rechtsordnung auch die innere Seite des Verhaltens bewerten muß. Subjektive Momente müssen aber auch berücksichtigt werden, wenn der objektive Teil der Tat allein nichts darüber besagt, ob eine Handlung rechtswidrig und strafrechtlich relevant ist oder nicht; denn die Lehre vom Tatbestand hat eine ihrer besonderen Aufgaben in der Beantwortung dieser Frage. Ein Beispiel kann dies deutlich zeigen: A besteigt das an einer Hauswand unverschlossen abgestellte Fahrrad des B ohne dessen Einwilligung und fährt mit ihm davon. Die Frage nach der strafrechtlichen Relevanz dieses Sachverhalts kann nur beantwortet werden, wenn auch die innere Einstellung des A beachtet wird. Seine Tat läßt sich dann nicht unter die Verbrechensart "Diebstahl" subsumieren, wenn er das Fahrrad nur kurze Zeit benutzen und dann an dieselbe Stelle zurückbringen wollte. Zwar wurde ein Teil der Voraussetzungen des § 242 in jedem Fall verwirklicht (Wegnahme einer fremden beweglichen Sache), aber es fehlt an dem subjektiven Moment der Zueignungsabsicht. Wollte A dagegen das Fahrrad auf die Dauer behalten, so liegt eine strafrechtlich relevante Diebstahlhandlung vor, die auch rechtswidrig ist.

#### IV. DER SCHULDTPYUS

Während der Unrechtstypus vor allem diejenigen Merkmale des Deliktstypus beinhaltet, die die Rechtswidrigkeit des Verhaltens beschreiben, beschränkt sich der Schuldtypus auf die schuldtypisierenden Bestandteile des Deliktstypus und umfaßt damit den sachlichen Schuldgehalt der einzelnen Verbrechensarten. Außerhalb des Schuldtypus stehen also alle reinen Rechtswidrigkeitselemente, die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit und die Merkmale der Strafzumessungsvorschriften. Der Schuldtypus wird mit Gallas und Schmidhäuser <sup>4)</sup>, die die Bezeichnung "Schuld-

1) Subjektive Unrechtselemente, Münchner Diss., 1952. Schudt kommt (S. 121) zu dem überraschenden Ergebnis, daß von den über 700 im Strafgesetzbuch enthaltenen "selbständigen Tatbeständen" annähernd 90 % subjektiviert, d.h. mit Merkmalen durchsetzt sind, die "über die Beschreibung des objektiven Geschehens hinaus eine bestimmte innere Einstellung des Täters reflektieren".

2) S. 165 ff.

3) Vgl. z.B. BGHSt 1, 371 und 5, 51

4) Gallas, ZStW 67, 31; Schmidhäuser, S. 212; vgl. ferner Mezger, NJW 1953, 2,

tatbestand" gebrauchen, als selbständiger Tatbestandsbegriff im dargestellten Sinne verstanden.

#### V. DER "GESETZLICHE TATBESTAND" i. S. DES § 59

Der Gesetzgeber hat den "gesetzlichen Tatbestand" in § 59 genannt, also in derjenigen Vorschrift, die die gesetzliche *sedes materiae* der Irrtumslehre im StGB darstellt <sup>1)</sup>. Da § 59 bei der Untersuchung der Irrtumsprobleme im 3. Kapitel dieser Arbeit Ausgangspunkt der Überlegungen sein wird, ist es erforderlich, diesem Tatbestandsbegriff in verschiedenen Einzelheiten nachzugehen.

Beim gesetzlichen Tatbestand handelt es sich um denjenigen Teil des Unrechtstypus, auf den sich Vorsatz und Fahrlässigkeit zu beziehen haben <sup>2)</sup>. Er kann deshalb nur dann selbständige Bedeutung neben dem Unrechtstypus haben, wenn man den letzteren mit Engisch und Lang-Hinrichsen <sup>3)</sup> und im Gegensatz zu Gallas, Mezger und Schröder <sup>4)</sup> nicht auf die in § 59 genannten Tatumstände beschränkt.

Der gesetzliche Tatbestand beinhaltet nur solche Umstände, die Bestandteile des Unrechtstypus sind. Damit scheiden zunächst die Merkmale der Strafzumessungsregeln und die reinen Schuld-elemente aus <sup>5)</sup>. Ferner können vom gesetzlichen Tatbestand auch keine objektiven Bedingungen der Strafbarkeit umfaßt werden,

---

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 36:

der ebenfalls dem Unrechtstatbestand einen Schuld-tatbestand gegenüberstellt. Auch Beling, Lehre vom Tatbestand, S. 11, gebraucht die Bezeichnung "Schuld-typus", aber nicht in ihrer Bedeutung als Tatbestandsbegriff. Gegen den Schuld-typus als selbständigen Tatbestandsbegriff wendet sich Schweikert, S. 137 f.

- 1) Davon ist zu unterscheiden der bereits erwähnte "gesetzliche Tatbestand" i. S. Arthur Kaufmanns, der damit "den Inbegriff derjenigen Voraussetzungen, an welche die Strafe als Rechtsfolge geknüpft ist", bezeichnet. (Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 164; s. a. oben S. 30)
- 2) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 307; ders. JZ 1953, 363
- 3) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Lang-Hinrichsen, JR 1952, 307; ders. JZ 1953, 363
- 4) Gallas, ZStW 67, 29; Mezger, NJW 1953, 2; Schröder, MDR 1953, 70; ebenso Lohner, S. 207 und Begründung des E 1960, S. 125 sowie Begründung des E 1962, S. 133
- 5) A. A. Kohlrausch-Lange, § 248a Anm. V und § 217 Anm. I, die auch schuld-erhöhende Umstände zu den Tatumständen i. S. des § 59 rechnen wollen.

da es diesen gerade wesentlich ist, daß sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf sie nicht zu beziehen haben <sup>1)</sup>. Für den gesetzlichen Tatbestand bleiben nur Rechtswidrigkeitsmerkmale übrig. Bezüglich der Schuldumstände besteht zwar insoweit keine Einigkeit, als nach Ansicht der Praxis und eines Teils der Lehre die tatirrtümliche Annahme von Schuld ausschließungsgründen nach § 59 behandelt werden soll. Es erübrigt sich hier aber ein Eingehen auf diesen Meinungsstreit, da nur eine analoge Anwendung des § 59 in Frage kommt und die Merkmale der Schuld ausschließungsgründe deshalb in keinem Falle unmittelbar zum gesetzlichen Tatbestand gehören <sup>2)</sup>. Es bleibt somit bei der Feststellung, daß nur Rechtswidrigkeitsmerkmale zum gesetzlichen Tatbestand gehören; heftig umstritten ist es jedoch, inwieweit dies zutrifft. Bestimmte Merkmale, bei denen es besonders Streitig ist, bedürfen einer Erörterung.

### 1) Normative Elemente

Die "normativen" Tatbestandselemente stellen auf Gegebenheiten ab, die nur unter Bezugnahme auf die Rechtsordnung verständlich und auf Grund ihrer technischen Bedeutung dem Laien wenig geläufig sind <sup>3)</sup>. Den Gegensatz dazu bilden die "deskriptiven" Merkmale, "deren konkrete Belegung sinnvoller Gegenstand einer Tatsachenfeststellung ist" <sup>4)</sup>. Aus dieser Unterscheidung können aber keine Rückschlüsse auf die Zugehörigkeit der einzelnen Tatumstände zum gesetzlichen Tatbestand gezogen werden. Wenn Erik Wolf es tut, indem er alle normativen Elemente aus dem an § 59 orientierten Tatbestandsbegriff ausscheidet <sup>5)</sup>, so verkennt er, daß unter dem Wort "Tatumstände" bei § 59 nicht nur schlichte Tatsachen, sondern auch tatsächliche Zusammenhänge zu verstehen sind, die eine besondere Bedeutungskennntnis verlangen. Ein solches Wissen erschöpft sich nicht in bloßer Tatsachenkenntnis, erfordert aber auch keine exakte juristische Qualifizierung. Die soziale Einschätzung des Täters muß vielmehr der juristischen des Gesetzes entspre-

1) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 132; Zimmerl, Tatbestand, S. 75

2) Bei der Erörterung der Irrtumsfragen wird eine Behandlung des Problems stattfinden; siehe unten S. 66 ff.

3) Engisch, MonKrimPsych, XXI, 120; ders. Mezger-Festschrift, S. 147; Mezger, Lb., S. 190 ff.; ders. Maurović-Festschrift, S. 299 (= Sonderabdruck, S. 7); Traeger-Festschrift, S. 225 ff.

4) Engisch, Mezger-Festschrift, S. 143

5) MonKrimPsych, XX, 669; gerade bei Erik Wolf muß dies befremden, da für ihn doch alle Tatbestandsmerkmale normativ sind (Festschrift 50 Jahre Reichsgericht, S. 54). Was sollte nach Erik Wolf dann noch für den gesetzlichen Tatbestand übrig bleiben?

chen, ihr "parallel" gehen <sup>1)</sup>. Es ist deshalb erforderlich und ausreichend, daß der Täter die Umstände selbst kennt und weiß, was sie im menschlichen Leben bedeuten. Er braucht nicht zu wissen, wie das Gesetz sie bezeichnet. Vorsatz und Fahrlässigkeit können sich somit auf die normativen Merkmale beziehen; soweit diese die Rechtswidrigkeit betreffen, gehören sie deshalb zum gesetzlichen Tatbestand.

## 2) Subjektive Merkmale

Daß der Unrechtstypus subjektive Elemente beinhaltet, wurde oben bereits als weitgehend herrschende Meinung bejaht. Heftig bestritten wird aber ihre Zugehörigkeit zum gesetzlichen Tatbestand. Dies ist nur konsequent von den "Objektivisten", also denjenigen Autoren, die subjektive Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsmerkmale ablehnen <sup>2)</sup>. Aber auch ein großer Teil der "Subjektivisten" verneint die Frage <sup>3)</sup>. Zur Begründung führen sie aus, der Vorsatz könne sich nur auf Objektives beziehen. Bei den in der Psyche gelegenen Umständen entscheide nicht die Kenntnis des Täters, sondern ihr Vorhandensein unmittelbar <sup>4)</sup>. Der auf subjektive Umstände gerichtete Vorsatz sei das Resultat einer unnatürlichen Betrachtungsweise, die auf dogmatische Schwierigkeiten stoße <sup>5)</sup>. Heftig polemisiert der Objektivist Beling, der sich in seiner "Lehre vom Tatbestand" eingehend mit diesem Problem beschäftigt. Er bezeichnet den Vorsatz, der sich auf subjektive Momente beziehen soll, als "einen methodischen Abweg", "ein ganz verquältes Gebilde", "eine psychologische Seltsamkeit" <sup>6)</sup>. Gerade die Psychologen dürften aber für diese Angriffe kein Verständnis haben, denn für sie ist es längst etwas Selbstverständliches, daß Motive und Absichten im "Unbewußten" bleiben oder

- 
- 1) Binding, Normen III, S. 148, spricht von einer "Subsumtion nach Laienart", Mezger, Lb., S. 328, von einer "Parallelwertung in der Laiensphäre" und Welzel, JZ 1954, 279, von einer "Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein".
  - 2) Beling, Lehre vom Verbrechen, S. 112, 178 und Lehre vom Tatbestand, S. 11 ff.; Nowakowski, Strafrecht, S. 47; Rittler, Lb., Bd. 1, S. 64, 68, 121 ff.
  - 3) Busch, Mezger-Festschrift, S. 66 f.; Hegler, ZStW 36, 197; ders. Frank-Festschrift I, S. 256, 292 f.; Lohner, S. 7, 9, 127, 145, 217; Maurach, AT, S. 183 und 222; Meyer-Allfeld, S. 167; Mezger, Lb., S. 322; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 173; v. Weber, Grundriß, S. 74; Welzel, S. 69; ders. NJW 1953, 329 Anm. 14 u. Neues Bild, S. 68; Erik Wolf, MonKrimPsych. XX, S. 669
  - 4) Mezger, Lb., S. 322
  - 5) Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 156 f.
  - 6) Lehre vom Tatbestand, S. 11 f.

aber bewußt werden können <sup>1)</sup>. Dies ist im folgenden zu erörtern, wobei zunächst die Begriffe "Bewußtsein" und "Unbewußtes" einer Klärung bedürfen. Schon verschiedentlich wurde gerügt, daß das Wort "Bewußtsein" häufig ohne eine Begriffsbestimmung verwendet werde <sup>2)</sup>.

Die Psychologie kennt vier Aktualitätsstufen des Erlebens:

- a) Den "Lebensgrund" als den Inbegriff aller organisch-leiblichen Vorgänge und Zustände.
- b) Das "schlichte Erleben", das vom Bildeindruck und dem unmittelbar darauf folgenden Verhalten getragen wird und ein schlichtes Innesein darstellt, das noch außerhalb aller Zuordnung der Erlebnisinhalte nach den Polen des Subjekts und Objekts, des Ichs und Nichtichs steht.
- c) Das "Bewußtsein", in dem Erlebtes festgestellt wird als dies und das; sein spezifisches Element liegt in der Kenntnisaufnahme.
- d) Die "Bewußtheit" als die Stellungnahme zu dem Festgestellten, das reflektierende Erleben.

Entsprechend diesen verschiedenen Aktualitätsstufen des Erlebens gibt es drei unterschiedliche Stufen des Unbewußten (denn die erste Stufe, der Lebensgrund, ist ja stets vorhanden, wenn man es mit einem lebenden Menschen zu tun hat):

a) Das "Unreflektiert-Unbewußte":

Schlichtes Erleben und Bewußtsein sind vorhanden, aber es fehlt die Bewußtheit, die Reflexion über das Festgestellte. Hierher gehören das instinktmäßige Handeln, das regelmäßig mehr bei den Frauen liegt, sowie die mnetisch gesteuerten und automatisierten Handlungen, die z. B. vom Fließbandarbeiter und vom Kraftfahrzeugfahrer häufig vorgenommen werden. Ebenfalls hier einzuordnen ist die schöpferische Tätigkeit des Genies, das den genialen Einfall nicht in der Wachheit des Stellungnehmens und des Nachdenkens erfährt <sup>3)</sup>.

- 1) Vgl. Lersch, Aufbau der Person, S. 594 ff.; die Konzeption Lersch's wird im folgenden weitgehend übernommen. Vgl. ergänzend Roffenstein, Das Problem des Unbewußten; Bumke, Gedanken über die Seele, S. 40-190, und Ernst Kretschmer, Medizinische Psychologie, S. 205 ff.
- 2) Vgl. Hadamik, MonKrimPsych, 36, 19 und Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 157 Anm. 7
- 3) Der Begriff des "Genies" ist dabei eng zu fassen, etwa i. S. Schillers in seiner Abhandlung "Über naive und sentimentalische Dichtung", Schillers Werke, S. 277-385, wenn er vom "wahren Genie" spricht. Schiller hat die Begriffs-

### b) Das "Ungewußt-Unbewußte" ("Unbemerkt")

Hier fehlt außer der Bewußtheit auch die Aktualitätsstufe des Bewußtseins, nur das schlichte Erleben liegt vor. Man geht z. B. auf der Straße und stellt plötzlich fest, daß jemand an einem vorbeiging, den man zu grüßen vergaß. Der Bereich des in diesem Sinne Unbewußten beschränkt sich jedoch nicht auf das sinnliche Bemerkten, auch "Vorstellungen, Denkinhalte, Antriebe, Wünsche, Gefühle und Verhaltensweisen" können ungewußt-unbewußt bleiben und dabei trotzdem für das Tun und Lassen der betreffenden Person Bedeutung haben <sup>1)</sup>. Der Grund, warum Inhalte des schlichten Erlebens nicht ins Bewußtsein gelangen, ist entweder ein "Nicht-zur-Kennntnis-nehmen-können", da die Energie, die dem feststellenden Bewußtsein zur Verfügung steht, geringer ist als diejenige des schlichten Erlebens, oder ein "Nicht-zur-Kennntnis-nehmen-wollen", da das Bewußtsein nicht gewillt ist, das tatsächlich Erlebte zur Kennntnis zu nehmen, sondern es verdrängt <sup>2)</sup>.

### c) Das "Bewußtlos-Unbewußte" ("Vital-Unbewußtes")

Hier ist auch das schlichte Erleben ausgeschaltet, nur der Lebensgrund ist vorhanden. Das gilt z. B. für die Bewußtlosigkeit der Ohnmacht und des tiefen Schlafes.

Für die Frage, ob der gesetzliche Tatbestand subjektive Merkmale beinhaltet, interessiert nur das Bewußtsein bzw. das Ungewußt-Unbewußte, da Vorsatz und Fahrlässigkeit keine Stellungnahme im Sinne der Bewußtheit erfordern <sup>3)</sup> und bei der Negation des schlichten Erlebens überhaupt kein strafrechtlich relevantes Verhalten vorliegen kann. Der Begriff des Ungewußt-Unbewußten <sup>4)</sup> betrifft die feststellen-

---

Fortsetzung der Fußnote 3 von Seite 40:

paare "naiv" und "sentimentalisch" sowie an anderer Stelle "intuitiv" und "spekulativ" eingeführt. Das wahre Genie ist für ihn naiv, intuitiv: "Naiv muß das wahre Genie sein, oder es ist keines. Seine Naivität allein macht es zum Genie, . . . . Unbekannt mit den Regeln, den Krücken der Schwachheit und den Zuchtmeistern der Verderbtheit, bloß von der Natur und dem Instinkt, seinem schützenden Engel, geleitet, geht es ruhig und sicher durch alle Schlingen . . . . Nur dem Genie ist es gegeben, außerhalb des Bekannten noch zu Hause zu sein . . . ." (Schillers Werke, S. 289 f.) "Das Genie steht in der Gunst der Natur", das bedeutet, "daß die Reflexion an ihm keinen Anteil hat". (Schillers Werke, S. 350).

1) Lersch, Aufbau der Person, S. 606

2) Lersch, Aufbau der Person, S. 608

3) Auch nicht hinsichtlich der normativen Merkmale, denn die Bedeutungskennntnis ist Feststellung und nicht Stellungnahme.

4) Das Ungewußt-Unbewußte wird im folgenden kurz als das "Unbewußte" bezeichnet, da andere Begriffe des Unbewußten hier nicht mehr interessieren.

de Kenntnisnahme, die allein im Strafrecht - wie in der Rechtsordnung überhaupt - Bedeutung haben kann, wenn es um Vorsatz und Fahrlässigkeit bzw. Bewußtsein und Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit geht. Das Bewußtsein wie das Unbewußte kann sich auf objektive und subjektive Umstände beziehen. Ein Mensch kann sich seiner Vorstellungen, Denkinhalte, Antriebe und Motive bewußt werden, sie können aber auch außerhalb seines Bewußtseins bleiben <sup>1)</sup>. Daß dies bezüglich der subjektiven Momente auf "Verdrängungen" zurückzuführen ist, wurde bereits dargestellt. In der Regel handelt es sich dabei um ein "Nicht-zur-Kennntnis-nehmen-wollen". Beim Zustandekommen einer menschlichen Handlung treffen nämlich meist mehrere Beweggründe zusammen. Das läßt sich an einem Beispiel ohne Schwierigkeiten zeigen: Der Arzt, der eine gynäkologische Untersuchung vornimmt, kann zugleich aus beruflichem und wissenschaftlichem Ehrgeiz, Streben nach Geldgewinn, wollüstigen Absichten und aus Nächstenliebe handeln. Die Handlungen dieses Arztes entstehen aus mehreren Motivkomponenten, die ein ganzes "Motivbündel" ("psychisches Kausalbündel") bilden <sup>2)</sup>. Die Stoßkraft des daraus resultierenden Handlungsantriebes ist eine einheitliche und entspricht der Summe der an ihr beteiligten energetischen Teilkomponenten. Auch wenn sich der Arzt einzelner Beweggründe nicht bewußt ist, so haben sie doch ihre Wirkung. Oft wird es so sein, daß diejenigen, die energetisch am stärksten beteiligt sind, dem Handelnden nicht bewußt werden. Innerhalb der Motivgruppen wird meist der sittlich wertvollste Beweggrund im Bewußtsein vertreten sein, während banale, egoistische und sonstige niedrigere Motive verdrängt werden, obwohl sie energetisch stärker wirken können. Ohne daß man deshalb von Heuchelei sprechen dürfte, wird häufig der ethisch höchstwertige Impuls bewußtseinsdominant, der elementartriebhafteste dagegen dynamisch dominant sein <sup>3)</sup>. Gerade dieses Zusammenwirken sittlich hoher und egoistisch triebhafter Motive befähigt die meisten Menschen überhaupt erst zu ausdauerndem Streben, denn die Tragkraft des reinen Idealismus ist bei vielen dünn und schwach. Das unbewußte Erleben hat dabei die besondere Aufgabe, heterogene Impulse zu einheitlicher Triebkraft zu verschmelzen, denn Motive, die aus verschiedenen unähnlichen Quellen stammen, können im hellen Lichte des Bewußtseins nur schlecht verschmelzen <sup>4)</sup>. So ist es z. B. kaum denkbar, daß der Arzt im obigen Beispiel bewußt aus wollüstigen Absichten und zugleich aus Nächstenliebe handelt. Wird sich ein Mensch eines niedrigen Beweggrundes be-

1) Zust. v. Olshausen, § 59 Anm. 8: "Auch innere Beweggründe, Absichten und Zwecke" gehören zu den "Tatumständen".

2) Kretschmer, Medizinische Psychologie, S. 205; Stock, SJZ 1947, Sp. 531

3) Kretschmer, Medizinische Psychologie, S. 205 f.; über weitere Fälle der "Verdrängungen" vgl. Bumke, Gedanken über die Seele, S. 103 ff., mit den lebensnahen Beispielen, S. 106 f. und S. 175

4) Kretschmer, Medizinische Psychologie, S. 205 f.

wußt, so wird er ihn meist ausschalten wollen. Die Folge davon ist aber, daß die Stärke des Handlungsantriebes gemindert wird. Fällt z.B. bei dem im Beispielsfall genannten Gynäkologen die (unbewußte) wollüstige Absicht weg, so wird er wohl die Heilbehandlung fortsetzen, wenn auch nicht mehr mit demselben affektiven Elan.

Daß Motive ins Bewußtsein gelangen oder aber auch verdrängt werden können, kommt auch in der Entscheidung des 4. Senats des Bundesgerichtshofs vom 16. 1. 1959 <sup>1)</sup> zum Ausdruck: "Die innere Tatseite der unzüchtigen Handlung wird nicht dadurch begründet, daß der Täter bei seinem Tun wollüstige Gedanken gehabt oder Sinneslust empfunden hat, sondern nur dadurch, daß diese bewußterweise <sup>2)</sup> Antrieb seines Handelns waren ... . Wollte man ein ... Beispiel ... aus der ärztlichen Tätigkeit bilden, so müßte man einen Fall unterstellen, in welchem ein Arzt eine Untersuchung an einer Frau in einer das Schamgefühl möglichst schonenden Weise vornehmen könnte, dies aber aus geschlechtlichen Beweggründen in der Form tut, die zwar auch Untersuchungs- und Heilzwecken dient, ihm aber eine über das notwendige Maß hinausgehende Gelegenheit zu einem Anblick oder zu Berührungen bietet. Auch wenn in einem solchen Falle in seinem Bewußtsein der Untersuchungs- und Heilzweck im Vordergrund steht, er sich aber dessen bewußt <sup>3)</sup> ist, daß die Wahl dieser Untersuchungsart auch auf geschlechtlichen Beweggründen beruht, wird sein Verhalten als unzüchtig zu bewerten sein" <sup>4)</sup>. Schließlich spricht auch die Begründung der E 1960 und E 1962 davon, daß zum gesetzlichen Tatbestand "seelische Sachverhalte und Vorgänge" gehören, wie "das Unzüchtige einer Handlung" <sup>5)</sup>.

Da die subjektiven Merkmale begleitende Tatumstände darstellen, genügt es für den Vorsatz, daß sie ins Bewußtsein gelangen. Ein zusätzliches, auf sie gerichtetes Wollen ist weder sinnvoll noch notwendig <sup>6)</sup>. Es ist deshalb kein Grund ersichtlich, warum die subjektiven Umstände nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören sollen. Vor allem kann nicht eingesehen werden, weshalb die Juristen hier von anderen Voraussetzungen ausgehen sollen, als die in erster Linie kompetenten Psychologen. Es muß vielmehr Bumke zugestimmt werden, wenn er ausführt, daß jedes Strafrechtssystem, das diesen Tatsachen nicht Rechnung trägt, zutiefst seinen Sinn verfehlt <sup>7)</sup>.

1) BGHSt 13, 138 ff., 142

2) Die Unterstreichung wurde vom Verfasser vorgenommen.

3) Die Unterstreichung wurde vom Verf. vorgenommen.

4) BGHSt 13, 142

5) Begründung des E 1960, S. 125 und des E 1962, S. 133

6) Engisch, Rittler-Festschrift, S. 172

7) Bumke, Gedanken über die Seele, S. 103

Einwände gegen die Zugehörigkeit subjektiver Umstände zum gesetzlichen Tatbestand können allenfalls noch in rechts- und prozeßpolitischen Argumentationen liegen. So hält z. B. der große Senat des Bundesgerichtshofs in Strafsachen in seinem Beschluß v. 4. 11. 1957 <sup>1)</sup> das Bewußtsein des Täters davon, ob sein Verhalten eine Wirtschaftsstraftat oder eine Ordnungswidrigkeit darstelle, nicht für bedeutsam, da man sonst "den Tatrichter bei weitem überfordern und meist vor eine praktisch unlösbare Aufgabe stellen" würde. Ebenso ließe sich etwa behaupten, daß an die Gerichte praktisch kaum zu bewältigende Anforderungen herantreten, wenn neben der Feststellung der subjektiven Momente auch noch untersucht werden muß, ob sie dem Täter bei der Tat bewußt geworden sind. Solche Argumente können aber keinesfalls befriedigen. Die jüngste Vergangenheit hat in furchtbarer Weise gezeigt, wie der rechtsstaatliche Grundsatz der materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit durch rechts- und prozeßpolitische Erwägungen ausgehöhlt werden können. Eberhard Schmidt hat vor kurzem wieder voller Besorgnis auf diese Gefahren hingewiesen <sup>2)</sup>.

Insgesamt ist deshalb kein Grund zu ersehen, der gegen die Zugehörigkeit subjektiver Umstände zum gesetzlichen Tatbestand i. S. des § 59 sprechen würde <sup>3)</sup>.

### 3) Strafmildernde Umstände

In § 59 sind neben den Tatumständen, "welche zum gesetzlichen Tatbestand gehören", auch diejenigen genannt, die die Strafbarkeit erhöhen. Daraus ist zu schließen, daß zu den Umständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören, nur solche zu zählen sind, die die Strafbarkeit begründen. Straferhöhende und strafmildernde Momente können nicht dazu gerechnet werden, da es sonst sinnlos wäre, erstere zusätzlich zu nennen. Damit drängt sich die Frage auf, ob der gesetzliche

---

1) BGHSt 11, 266

2) Eb. Schmidt, Sache der Justiz, S. 31, 36 und vor allem S. 40 ff.; i. d. S. auch Baumann, JZ 1961, 565

3) Zust.: Engisch, Rittler-Festschrift, S. 171 ff.; ders., Festschrift 100 Jahre deutscher Juristentag, Bd. I, S. 427 f., Mezger-Festschrift, S. 133 und GA 1955, 166; Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356 Anm. 44; v. Olshausen, 1. Lieferung, § 59 Anm. 8; Stock, SJZ 1947, Sp. 531; RGSt 10, 235; OGHSt 2, 345. In der Argumentation ebenso die bereits zitierte Entscheidung des Bundesgerichtshofs, BGHSt 13, 138 ff. Auch Bruns, S. 47, gelangt zu dem Ergebnis, daß die subjektiven Unrechtsmerkmale zu dem Sachverhalt gehören, auf den sich der Voratz beziehen muß. Allerdings kann ihm nicht gefolgt werden, wenn er daran anschließend ausführt, daß der Vorsatz stets gegeben sei, wenn diese subjektiven Umstände vorliegen.

Tatbestand auch die strafmildernden Umstände beinhaltet. Dies wird häufig bejaht, wobei verschiedene Begründungen angeführt werden. Einmal wird vorgetragen, der Grundtatbestand stelle gegenüber der privilegierenden Abweichung einen strafe erhöhenden Fall dar <sup>1)</sup>. Baumann dagegen will die strafmildernden Umstände zum gesetzlichen Tatbestand zählen, wenn sie zu einem echten Sonderdelikt gehören; nach seiner Ansicht begründen sie dann die Strafbarkeit nach der speziellen Norm <sup>2)</sup>. Beide Argumentationen erscheinen unzutreffend. Wenn in der Überschrift vor §§ 51 ff. die Strafmilderungsgründe und in § 59 die strafe erhöhenden Umstände genannt sind, muß angenommen werden, daß es für den Gesetzgeber einen bleibenden Ausgangspunkt gibt <sup>3)</sup>, nämlich die Grundtatbestände (Normalfälle). Die Strafmilderungs- und Strafe erhöhungsgründe stellen Abweichungen dar, so daß von Strafe erhöhung nur im Verhältnis von Grundtatbestand und strafscharfender Norm die Rede sein kann. Auch die Argumentation Baumanns überzeugt nicht. Die Strafbarkeit wird bei allen Strafmilderungsgründen im Grundtatbestand begründet. Es macht dabei in diesem Zusammenhang keinen Unterschied, ob es sich um eine unselbständige Privilegierung oder ein *delictum sui generis* handelt. Deshalb muß aus dem Schweigen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß strafmildernde Umstände nicht zum gesetzlichen Tatbestand gehören können <sup>4)</sup>. Die Fassung des § 59 hat nur so ihren guten Sinn.

Als Ergebnis kann deshalb festgestellt werden, daß der gesetzliche Tatbestand i. S. des § 59 alle Rechtswidrigkeitsmerkmale der einzelnen Verbrechensarten mit Ausnahme der strafmildernden Umstände und der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit umfaßt. Es kann sich um objektive oder subjektive, normative oder deskriptive Elemente handeln. Weitere Ausführungen zum Inhalt dieses Tatbestandsbegriffs sind nicht erforderlich. Alle sonstigen Streitfragen - wie etwa die Zugehörigkeit der Rechtfertigungsgründe zum gesetzlichen Tatbestand als "negative Tatbestandselemente" - haben für diese Arbeit keine Bedeutung <sup>5)</sup>.

1) Dreher-Maassen, § 59 Anm. 3; Fraeb, GS 99, 460; Gerland, S. 137; Köhler, AT, S. 297; Kohlrausch-Lange, § 59 Anm. VII und § 217 Anm. I; Hellmuth Mayer, AT, S. 249 f.; Meyer-Allfeld, S. 166 f.; Schwarz-Dreher, § 59 Anm. C 3 a; Schwinge, § 98 Anm. III 2; RMG 4, 97 ff. und 9, 175

2) Baumann, AT, S. 330

3) Ausdrücklich zustimmend: M.E. Mayer, Lb., S. 329 Anm. 35. Vgl. auch § 267 Abs. 2 StPO

4) Zustimmend Binding, Normen III, S. 316; Martens, S. 24 ff.; Maurach, AT, S. 223; Nagler, LK, 6. Aufl., § 59 Anm. VII; Ortmann, GS 30, 37; Schönke-Schröder, § 59 Anm. VII 7; Thierfelder, S. 45

5) Zu der Problematik der "negativen Tatbestandselemente" siehe die Literaturnachweise oben S. 6 Anm. 1

Dem "gesetzlichen Tatbestand" wurde eine selbständige Stellung gegenüber anderen Tatbestandsbegriffen eingeräumt von Engisch <sup>1)</sup> und Lang-Hinrichsen <sup>2)</sup>, unter anderen Bezeichnungen auch von weiteren Autoren; Beling <sup>3)</sup> spricht vom "Leitbild", in der "Lehre vom Verbrechen" auch einmal vom "besonderen Tatbestand" <sup>4)</sup> Rittler <sup>5)</sup> vom "Tatbild", Sauer <sup>6)</sup> vom "engeren Tatbestand" und Roxin <sup>7)</sup> vom "Irrtumstatbestand". Bruns <sup>8)</sup> hat Bedenken, ob ein an § 59 orientierter Tatbestandsbegriff generell bestimmbar ist.

## B. DIE BEDEUTUNG DER SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE FÜR DIE VERSCHIEDENEN TATBESTANDSBEGRIFFE

Für jeden der erörterten Tatbestandsbegriffe ist nun zu prüfen, ob und inwieweit die Merkmale der Schuldmilderungsgründe zu ihnen gehören. Es soll zunächst auch noch mit einem Wort auf die oben bereits ausgeschiedenen Tatbestandsbegriffe eingegangen werden.

Der "allgemeine Tatbestand" umfaßt die typischen Umstände der einzelnen Verbrechenarten nicht und damit auch nicht die Merkmale der Schuldmilderungsgründe. Sie gehören **aber** insgesamt zum "Tatbestand der allgemeinen Rechtslehre", da dieser alle materiellen Voraussetzungen der Strafdrohungen beinhaltet. Dagegen dürften zum "Verbrechenstatbestand" als dem Inbegriff aller Verbrechensmerkmale die Elemente jener Schuldmilderungsgründe nicht zählen, die Strafzumessungsregeln darstellen. Schon dieser sehr weit gefaßte "Tatbestand" beinhaltet also die Bestandteile der Strafzumessungsvorschriften nicht. Daß es bei den hier interessierenden engeren Tatbestandsbegriffen nicht anders ist, wurde bereits oben ausgeführt. Es gilt deshalb zunächst zu untersuchen, welche Schuldmilderungsgründe nur die Strafzumessung betreffen, da sie von vornherein ausgeschieden werden können.

---

1) Mezger-Festschrift, S. 132 f.

2) JR 1952, 307; JZ 1953, 363

3) Lehre vom Tatbestand, S. 5, 11, 16; Grundzüge, S. 25 ff., 43 ff.

4) Lehre vom Verbrechen, S. 188

5) Lb., Bd. 1, S. 81 ff.

6) Allgemeine Strafrechtslehre, S. 64; Mezger-Festschr., S. 123

7) S. 108

8) S. 27 ff., 33 f.

# I. DIE AUSZUSCHIEDENDEN STRAFZUMESSUNGSREGELN

## 1) § 213

Der Gesetzgeber hätte für den Fall des Affekttotschlages eine tatbestandliche Abweichung von § 212 schaffen können. Dies wäre durch die im Verhältnis zum Normalfall geringere Schuld und die Häufigkeit der vorkommenden Fälle materiell-rechtlich und kriminalpolitisch gerechtfertigt gewesen. Die Fassung des § 213 1. Alt. ließe die Annahme einer tatbestandlichen Abwandlung auch durchaus zu, wenn nicht ausdrücklich bestimmt wäre, daß er ein Beispiel "anderer mildernder Umstände" darstellt. Es kann deshalb auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzgebers keinen Zweifel daran geben, daß es sich um eine Strafzumessungsregel handelt <sup>1)</sup>.

## 2) §§ 199, 233

Auch die Retorsionsregeln sind Strafzumessungsvorschriften. §§ 199, 233 setzen das Vorliegen einer Beleidigung oder einer leichten Körperverletzung voraus. Dem Richter wird nur ein umfassender Strafraum zur Verfügung gestellt. Da die Strafmilderung des ersten Angreifers nicht durch geringere Rechtswidrigkeit oder Schuld gegenüber dem normalen Täter nach §§ 185 bzw. 223, 230 bedingt ist (seine Tat ist ja regelmäßig schon beendet, wenn der Angegriffene reagiert), können keine tatbestandlichen Neubildungen, sondern nur Strafzumessungsnormen vorliegen <sup>2)</sup>.

Bezüglich des § 199 wird eingewendet, der Richter übe in den Fällen des § 199 seine Strafgewalt überhaupt nicht aus, er sehe im Gegenteil gerade davon ab. § 199 könne deshalb keine Strafzumessungsregel sein. Da eine Auseinandersetzung mit diesem Argument bereits im Rahmen der Prüfung erfolgte, ob §§ 199, 233 Schuld-milderungsgründe darstellen, kann auf die früheren Ausführungen verwiesen werden <sup>3)</sup>. Als Ergebnis wird übernommen, daß in der Straffreierklärung die privilegiierende Strafzumessung ihren Nullpunkt erreicht.

1) In §§ 134 Abs. 2 der E 1960 und E 1962 wurde eine tatbestandliche Abweichung für den Affekttotschlag gebildet und zusätzlich in Abs. 3 eine exemplifikatorische Strafzumessungsregel beibehalten.

2) Zust. Kern, JZ 1958, 373; Küster, NJW 1958, 1660; Maurach, BT, S. 151. Auch hier bringen §§ 150, 179 der E 1960 und E 1962 eine Änderung: Sie betreffen nur noch den Retorquenten und stellen tatbestandliche Abweichungen dar; vgl. Gallas und Schafheutle in Niederschriften, Bd. 7, S. 150

3) Siehe oben S. 20 f.

## 3) § 26 WStG

Schließlich betrifft auch § 26 WStG nur die Strafzumessung. Er stellt auf das Vorliegen der §§ 19 Abs. 1, 20, 25 WStG ab und erweitert lediglich den Strafraum<sup>1)</sup>. Ein Indiz für das Vorliegen einer Strafzumessungsregel ist der Umstand, daß die Strafmilderung in § 26 WStG fakultativ bestimmt wird.

Tatbestandliche Qualitäten haben dagegen die Merkmale der §§ 157, 216, 217, 248a, 264a, 313 Abs. 2, 370 Nr. 5. In diesen Vorschriften werden aus den Ausgangstatbeständen, die ihrerseits schon Spezialbegriffe menschlichen Verhaltens darstellen, noch einmal besondere Verhaltensweisen ausgeklammert und neue, wenn auch auf den Normalfällen aufgebaute Verhaltensbegriffe mit Tatbestandsqualität geschaffen. Dabei kann es sich im Einzelfall um ein "eigenständiges Verbrechen" ("delictum sui generis"), um ein "uneigentliches Sonderdelikt" mit persönlich beschränktem Täterkreis<sup>2)</sup> oder um eine unselbständige Abwandlung des Grundtatbestandes handeln. Da diese Unterscheidungen die Tatbestandsmäßigkeit der Schuldumilderungsgründe nicht betreffen, ist auf diese Fragen hier nicht einzugehen<sup>3)</sup>.

## II. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE UND DER DELIKTSTYPUS

Zum Deliktstypus gehören alle Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmale derjenigen Schuldumilderungsgründe, die tatbestandliche Abweichungen der Normalfälle darstellen. Ausscheiden müssen also die Strafzumessungsregeln; §§ 216, 199, 233 und § 26 WStG. Hinsichtlich der Merkmale der übrigen Schuldumilderungsgründe ist nun im einzelnen zu prüfen, ob sie zum Deliktstypus gehören. Da er sich auf das Ganze der Straftat bezieht und deshalb Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmale beinhaltet, kommen folgende Gruppen von Umständen in Frage:

## 1) Die reinen Rechtswidrigkeitselemente

Die Rechtswidrigkeit ist wie die Schuld als negativer Wertbegriff ein Steigerungsbegriff<sup>4)</sup>. Es gibt deshalb auch Merkmale, die die Rechtswidrigkeit mindern. Bei den Schuldumilderungsgründen sind dazu zu zählen: "die geringwertigen Gegenstän-

1) Ebenso Dreher-Lackner-Schwalm, § 26 Anm. 1; Rittau, § 26 Anm. 6; ferner für § 98 MStGB, an dessen Stelle § 26 WStG getreten ist, Schwinge, § 98 Anm. I und RG JW 1936, 1921

2) Vgl. Schröder, SJZ 1950, Sp. 568; BGHSt 1, 240

3) Vgl. dazu die eingehenden Ausführungen bei Lohner, S. 131 ff.

4) Zust. Kern, ZStW 64, 255 ff.; Noll, ZStW 68, 181 ff.; a. A. Erik Wolf, MonKrimPsych XX, 667

de" in §§ 248a, 264a und die in § 370 Nr. 5 genannten "Gegenstände in geringer Menge und von unbedeutendem Werte". Es wurde bereits festgestellt, daß diese Umstände allenfalls als mittelbare Schuld Elemente etwas mit der Schuld zu tun haben. Dagegen wird die Rechtswidrigkeit der Tat unmittelbar gemindert <sup>1)</sup>, denn die Wegnahme geringwertiger Gegenstände ist nicht im gleichen Maße rechtswidrig wie die Entwendung wertvoller Sachen. Die Rechtswidrigkeit einer Tat ist auch von ihrem Angriffsobjekt abhängig, und zwar vor allem von dessen Wert <sup>2)</sup>.

## 2) Die reinen Schuldmerkmale

Die reinen Schuld Elemente dienen nur dem Schuldurteil. Zu ihnen gehören alle Merkmale, die die Schuld fähigkeit betreffen, denn die Rechtswidrigkeit einer Handlung - ihr Widerspruch mit der Rechtsordnung - kann nicht von der Einsichts- und Willensfähigkeit des Täters im Einzelfalle abhängen. Reiner Schuldumstand ist deshalb z. B. das Merkmal "in oder gleich nach der Geburt" in § 217. Dasselbe gilt meist auch für diejenigen Umstände der Schuld milderungsgründe, die zum normativen Schuld Element gehören. Die Motivationslage des Täters läßt die Rechtswidrigkeit einer Handlung regelmäßig unberührt. Es macht z. B. keinen Unterschied hinsichtlich des Nichtgesolltseins einer Tat, ob eine uneheliche oder eine eheliche Mutter ihr Kind tötet, ob der Dieb aus Not stiehlt oder nicht. Für die Fälle der §§ 213, 216, 217 wird dieses Ergebnis von Lange ausdrücklich festgestellt: "Der Unrechtstyp der vorsätzlichen Tötung, den § 212 erschöpfend umreißt, wird in §§ 213, 216, 217 ... nicht verändert ... . Alle diese Bestimmungen schichten sich vielmehr als ... Schuld milderungstypen von ihm ab" <sup>3)</sup>. Die Polemik Welzels <sup>4)</sup> gegen Lange erscheint - wie Engisch <sup>5)</sup> m. E. zutreffend bemerkt - zumindest teilweise überflüssig, wenn man verschiedene Tatbestandsbegriffe unterscheidet. Geht man z. B. vom Tatbestand als Deliktstypus aus, ist § 212 durchaus nicht der einzige "Tötungstatbestand", wie Welzel als notwendige Konsequenz des Ausgangspunkts Langes folgern zu müssen glaubt, denn in §§ 216, 217 wird anderes Verhalten beschrieben als in § 212. Daß die von § 212 abweichenden Umstände die Schuld typisieren, kann daran nichts ändern <sup>6)</sup>.

1) Zust. Martens, S. 8 f.; Phleps, S. 52 Anm. 7; Schaffstein, Göttinger-Festschrift, S. 186; Thierfelder, S. 82; Schweikert, S. 145 Anm. 6

2) Zust. Kern, ZStW 64, 276; Schaffstein, Göttinger-Festschrift, S. 186; a. A. Lohner, S. 42 f.

3) Lange, JR 1949, 171; ebenso Phleps, S. 49 und für § 217 auch v. Weber, MDR 1952, 266

4) JZ 1952, 73, wie Welzel argumentiert auch Lohner, S. 34, 45

5) GA 1955, 166

6) Zust. Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 154 ff., 156; Nowakowski, ZStW 65, 386

### 3) Umstände, die zugleich der Bildung des Rechtswidrigkeits- und des Schuldurteils dienen

Daß dasselbe Merkmal unmittelbar sowohl zur Rechtswidrigkeit als auch zur Schuld gehören kann, läßt sich am einfachsten am Beispiel des Versuchs zeigen, und zwar besonders deutlich am untauglichen Versuch: Ist die auf einen rechtswidrigen Erfolg gerichtete Handlung objektiv völlig ungeeignet, ihn eintreten zu lassen, so bedarf es zur Begründung des Rechtswidrigkeitsurteils über diese Tat des "Entschlusses, ein Verbrechen oder ein Vergehen zu verüben" (§ 43). Daß der Vorsatz dabei subjektives Rechtswidrigkeitsmerkmal ist, zeigt deutlich ein kurzes Beispiel: A bezahlt beim Händler B mit einem echten Geldschein, den er als echten empfangen hat, jetzt aber für unecht hält. A nimmt damit eine Handlung vor, die - objektiv gesehen - von den meisten erwachsenen Menschen fast täglich getätigt wird und nur auf Grund der bösen Absicht verboten sein kann. Dasselbe zeigt sich aber auch beim tauglichen Versuch: C läßt sich vom Bankangestellten D einen von ihm hergestellten falschen Geldschein wechseln. C will sich für alle Fälle sichern und fordert deshalb den D auf, die Echtheit des Geldes festzustellen, da ihm selbst Zweifel gekommen seien. Er hofft, daß D die Fälschung nicht erkennt, hält sich aber jederzeit den Rückzug offen. Auch hier ergibt sich die Rechtswidrigkeit der Tat nur aus der Absicht des Täters, denn die äußeren Handlungen sprechen ja gerade für eine überdurchschnittliche Gesetzestreue.

Der Vorsatz ist deshalb beim Versuch Rechtswidrigkeitsmerkmal, was nichts daran ändert, daß er - wie beim vollendeten Delikt - zugleich Schuldbestandteil ist <sup>1)</sup>. Dasselbe kann aber auch für andere subjektive Umstände zutreffen: Sie können zugleich der Bildung des Rechtswidrigkeits- und des Schuldurteils dienen <sup>2)</sup>. In erster

- 1) Zust. Engisch, Rittler-Festschrift, S. 172 f.; ders., Mezger-Festschrift, S. 132; Frank, § 59 Anm. VI; Hellmuth Mayer, AT, S. 278; Mezger, Moderne Wege, S. 27 f., 40; ders. StuB, AT, S. 207; Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 114 f. Schönke-Schröder, Vorbem. III 1 vor § 43; a. A. Niese, Finalität, S. 21 ff., Nowakowski, JZ 1958, 336 und Welzel, S. VI und 55, die beim Versuch (wie bei der vollendeten Tat) den Vorsatz entweder zur Rechtswidrigkeit (Niese, Welzel) oder zur Schuld (Nowakowski) rechnen. Eine weitere abweichende Meinung nimmt Hegler, Frank-Festgabe I, S. 292, 295, ein: Der Vorsatz komme im Falle des Versuchs nur als Rechtswidrigkeitsmerkmal und bei der Vollendung nur als Schuldumstand in Betracht.
- 2) Ebenso Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S. 461 f., Höfter, S. 81 ff., Arthur Kaufmann, JZ 1956, 356 Anm. 44, Lange, ZStW 63, 480 f. und im Ergebnis auch Mezger, Lb., S. 170 ff. und Traeger-Festschrift, S. 204 ff. Wenn Mezger dies allerdings darauf zurückführt, daß die subjektiven Rechtswidrigkeitselemente stets zugleich Schuldumstände sein müßten, "weil ihnen anderenfalls eine persön-

Linie sind hier die Absichten zu nennen, die die Rechtswidrigkeit mitbegründen und damit zeigen, ob das äußere Verhalten tatsächlich auf eine Störung der Rechtsordnung abzielt. Für die Schuld sind sie "Kernmarken der Motivation" <sup>1)</sup>.

Rechtsdogmatisch bereitet die Einordnung dieser Umstände, die unmittelbar sowohl zur Rechtswidrigkeit als auch zur Schuld gehören, keine Schwierigkeiten. Die drei Verbrechenselemente Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld stellen keine chronologisch nacheinander eintretenden Gegebenheiten dar. Vielmehr wird das Verbrechen nur aus logischen Gründen in seine Elemente zerlegt, um verschiedene Funktionen dieses Begriffes zu verdeutlichen. Die Einheit des Verbrechensbegriffes wird dadurch nicht aufgehoben. Aus diesem Grunde kann ein später bejahtes Schuldmerkmal schon vorher (was nicht zeitlich oder örtlich, sondern logisch zu verstehen ist) der Konstituierung des Rechtswidrigkeitsurteils dienen <sup>2)</sup>.

Es hat sich damit gezeigt, daß es reine Rechtswidrigkeits- und Schuld Elemente gibt und solche Umstände, die zugleich zur Rechtswidrigkeit und zur Schuld gehören. Zur Beantwortung der Frage, ob es sich bei den Merkmalen der Schuld milderungsgründe im Einzelfall um ein Rechtswidrigkeitsmerkmal oder - bzw. und zugleich - um einen Schuldumstand handelt, kann die oben getroffene Feststellung herangezogen werden, wonach die Rechtswidrigkeit der einzelnen Tat mit dem Gegenstand des Schuldvorwurfs gegenüber dem Täter identisch ist: Betrifft die Rechtswidrigkeit die Frage, was dem Täter vorzuwerfen ist, so ist bei der Schuld zu prüfen, ob und in welchem Umfang das konkrete rechtswidrige Verhalten vorwerfbar ist. Als reine Schuldmerkmale sind danach folgende - gegenüber den Normalfällen - besonderen Merkmale der Schuld milderungsgründe festzustellen:

§ 157: die Absicht, "von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden", denn vorgeworfen werden die Taten nach §§ 153 ff.; § 157 betrifft nur den Grad des Schuldvorwurfs;

§ 216: "Bestimmtsein" und "ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten", vorgeworfen wird die Tötung eines Menschen;

---

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 50:

liche Zurechenbarkeit und damit die strafrechtliche Bedeutung fehlen würde", kann ihm darin nicht gefolgt werden. Er erkennt, daß der Vorsatz sich auch auf subjektive Umstände beziehen kann.

1) Sieverts, Beiträge, S. 176; ebenso Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S. 461 ff.

2) Vgl. Oehler, Objektives Zweckmoment, S. 114 f.

- § 217: "uneheliches Kind" und "in oder gleich nach der Geburt"; auch hier betrifft die Rechtswidrigkeit nur die Tötung eines Menschen;
- § 248a: "aus Not"; Gegenstand des Schuldvorwurfs ist die Schädigung fremden Vermögens;
- § 264a: "aus Not"; es gilt dasselbe wie bei § 248 a;
- § 313 Abs. 2: "die nur auf Schutz seines Eigentums gerichtete Absicht"; vorgeworfen wird die Herbeiführung einer Überschwemmung;
- § 370 Nr. 5: "zum alsbaldigen Verbrauch" und "Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs"; wie bei § 248a wird die Entwendung oder Unterschlagung bestimmter Gegenstände zum Vorwurf gemacht.

Reine Rechtswidrigkeitsmerkmale sind:

- §§ 248a, 264a: "geringwertige Gegenstände"; ihre Entwendung, Unterschlagung oder Erschleichung wird vorgeworfen;
- § 370 Nr. 5: "geringe Menge" und "unbedeutender Wert"; es gilt dasselbe wie bei § 248a.

Daß Lohner grundsätzlich in allen hier als Schuldmilderungsgründe genannten Milderungsvorschriften nur Fälle der Unrechtsminderung erblickt, wurde bereits dargestellt. Auch von anderen Autoren wird Merkmalen, die hier als reine Schuldumstände erörtert wurden, zugleich oder ausschließlich eine Minderung der Rechtswidrigkeit gegenüber dem Normalfall zugeschrieben. Dies gilt zunächst in den Fällen der §§ 216 ("ausdrückliches und ernstliches Verlangen"), 217 ("uneheliches Kind") und § 370 Nr. 5 ("zum alsbaldigen Verbrauch"). Dasselbe ist aber auch von den in diesem Kapitel (mangels tatbestandlicher Qualitäten) nicht interessierenden Provokationsvorschriften (§§ 213, 199, 233 und § 26 WStG) zu sagen. Auch sie sollen hier kurz behandelt werden, weil die gleiche Frage sonst bei der Erörterung der Irrtumsprobleme noch einmal aufgeworfen werden müßte.

Nach Kern <sup>1)</sup> ist in allen Fällen der Provokation, die keine Notwehrhandlungen darstellen, die provozierte Tat weniger rechtswidrig als die gleiche Handlung, wenn der Täter nicht herausgefordert wurde. Nach Kern unterscheiden sich die §§ 213, 199, 233 und § 98 MStGB (der dem § 26 WStG entsprach) vom Rechtfertigungsgrund Notwehr nur graduell. Ist beim letzteren die Rechtswidrigkeit auf den Nullpunkt herabgesetzt, so werde sie bei jenen gemindert. Die Argumentation Kerns kann

---

1) ZStW 64, 286 ff.

aber nicht überzeugen. Dem Täter wird eine Tötung, eine Beleidigung, eine Körperverletzung oder eine der in § 26 WStG genannten Straftaten vorgeworfen, und sein psychischer Zustand betrifft nur die Schwere des Schuldvorwurfs <sup>1)</sup>. Das provozierende Verhalten stellt nicht etwa eine Einwilligung des Verletzten oder einen Verzicht auf ein Rechtsgut dar, denn auch der Schuldunfähige kann zwar provozieren, aber nicht auf höchstpersönliche Rechte verzichten. Bei § 213 kommt hinzu, daß auf das Leben überhaupt nicht verzichtet werden kann, weil die Rechtsordnung dem einzelnen die Verfügungsgewalt darüber nicht eingeräumt hat <sup>2)</sup>. Deshalb mindert das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten bei der "Tötung auf Verlangen" die Rechtswidrigkeit ebenfalls nicht <sup>3)</sup>. Dagegen wird eingewendet, der Täter könne durch das Verlangen des Getöteten bestimmt gewesen sein, ohne daß Mitleid das Motiv seines Handelns war <sup>4)</sup>. Damit ist im Ergebnis sicherlich nichts Falsches gesagt, jedoch kann daraus nicht der Schluß gezogen werden, daß § 216 auch die Rechtswidrigkeit betrifft. Es kommt hier vielmehr der präsumptive Charakter des Schuldmerkmals "ausdrückliches und ernstliches Verlangen" zum Ausdruck. Ferner kann auch die Ansicht Kants <sup>5)</sup> und anderer Autoren <sup>6)</sup> nicht geteilt werden, wonach § 217 neben der Schuld auch die Rechtswidrigkeit mindern soll, da das uneheliche Kind gegenüber dem ehelichen minderwertig sei. Die grosteske Folge müßte sein, daß jedermann zu jedem Zeitpunkt den unehelich Geborenen unter privilegierenden Umständen töten könnte.

Auch Amschl, Eduard v. Liszt, Wachenfeld und Wallach <sup>7)</sup> sehen in § 217 einen

1) Für § 213 ebenso Daniel, S. 44 f., 46; Lange, JR 1949, 171; Thierfelder, S. 89; OGHSt 2, 343

2) Statt vieler vgl. Maurach, AT, S. 264 f. und RGSt 2, 442

3) Daniel, S. 44 f., 46; Lange, JR 1949, 171; Martens, S. 6 ff.; Schönke-Schröder, § 216 Anm. I; a. A. Binding, Normen III, S. 325; Frank, Aufbau, S. 5; Kern, ZStW 64, 285; Lohner, S. 31 ff.; Nagler, LK, 6. Aufl., § 216; Noll, ZStW 68, 193 f.; Phleps, S. 21; Mezger, Lb., S. 323; Schaffstein, Göttinger-Festschr., S. 186; Thierfelder, S. 93, Zimmerl, Aufbau, S. 45

4) Noll, ZStW 68, 193 f.

5) Metaphysik der Sitten, Rechtslehre, S. 336:

"Das uneheliche auf die Welt gekommene Kind ist außer dem Gesetz (denn das heißt Ehe), mithin auch außer dem Schutze desselben, geboren. Es ist in das gemeine Wesen gleichsam eingeschlichen (wie verbotene Waare), so daß dieses seine Existenz (weil es billig auf diese Art nicht hätte existieren sollen), mithin auch seine Vernichtung ignorieren kann, und die Schande der Mutter, wenn ihre uneheliche Niederkunft bekannt wird, kann keine Verordnung heben".

6) Vgl. die Literaturnachweise bei Daniel, S. 32

7) Amschl, Gross-Archiv XXX, 83; Eduard v. Liszt, S. 141; Wachenfeld, Lb., S. 312 und GA 70, 257 f.; Wallach, S. 61 ff.

Fall geminderter Rechtswidrigkeit gegenüber § 212. Sie verweisen darauf, daß die Mutter "in oder gleich nach der Geburt" zu dem Neugeborenen in einem ausschließlichen Abhängigkeitsverhältnis stehe. Deshalb könne die Kindstötung eine verspätete Abtreibung wie umgekehrt die Abtreibung eine verfrühte Kindstötung sein <sup>1)</sup>. Da der Übergang von der Frucht zum Kind ein fließender sei, der sich juristisch nicht bestimmen lasse <sup>2)</sup>, müsse der schroffe Gegensatz "Leibesfrucht" und "Mensch" eine Überbrückung finden. Man dürfe der Mutter im Verhältnis zu ihrem Kind erst dann die Rechtsstellung einer fremden Person zuweisen, wenn das Neugeborene von der Allgemeinheit als selbständiges Wesen anerkannt werde und der Menschheit als besonderes Glied übergeben sei. Dieser Zeitpunkt trete solange nicht ein, als das Kind durch die Mutter allein erhalten werde <sup>3)</sup>. Bis dahin sei das Kind noch kein vollwertiger Mensch, sondern noch ein Teil des Mutterleibes <sup>4)</sup>. Diese Argumentation kann aber nicht überzeugen. Eine unterschiedliche Behandlung des Neugeborenen gegenüber anderen - älteren - Menschen als weniger wertvoll erscheint ausgeschlossen. Von dem Zeitpunkt an, da die Strafrechtsordnung das Kind als Menschen anerkennt, ist eine verschiedene Qualifizierung nicht mehr möglich <sup>5)</sup>. Ferner tötet die Mutter auch keinen Teil ihrer selbst. Es gibt keinen "partiellen Selbstmord" <sup>6)</sup>. Die Unhaltbarkeit dieser Meinungen ergibt sich außerdem daraus, daß dieses angebliche Übergangsstadium auch bei den ehelichen Müttern vorhanden sein müßte. Da diese aber nach deutschem Recht nicht privilegiert sind, kann der Gesetzgeber eine solche Überbrückung zwischen "Frucht" und "Mensch" nicht gewollt haben <sup>7)</sup>. Einer unterschiedlichen Behandlung der ehelichen und der unehelichen Kinder stünde heute zudem Art. 6 GG und Art. 14 Menschenrechtskonvention entgegen. Wenn in weiten Volkskreisen immer noch ein uneheliches Kind geringschätzig angesehen wird, so beruht dies auf einem ethischen Schuldvorwurf gegenüber der Mutter, nicht aber in einer unterschiedlichen Bewertung des menschlichen Lebens. Auch die Regelung des katholischen Kirchenrechts dürfte zu dieser Einstellung beigetragen haben: Zum Schutz der Ehe werden die unehelichen Kinder gegenüber den ehelichen schlechter gestellt <sup>8)</sup>.

---

1) Wallach, S. 62

2) Wallach, S. 61

3) Wachenfeld, GA 70, 257 f.

4) Amschl, Gross-Archiv XXX, 83

5) Zustimmung Rittler, Frank-Festgabe II, S. 10

6) Martens, S. 17

7) Vgl. dazu Phleps, S. 11, 13

8) Vgl. Eichmann-Mörsdorf, Bd. 2, S. 259 ff. Eichmann-Mörsdorf führen S. 262 aus: "Die unehelichen Kinder sind im Recht schlechter gestellt als die ehelichen (vgl. cc. § 2 n.1 331 § 1 n.1 320 § 2 504 984 n.1 1363 § 1); die mindere Rechtsstellung der unehelichen Kinder dient dem Schutz der Ehe".

Schließlich betrifft auch die Verbrauchsabsicht in § 370 Nr. 5 nicht die Rechtswidrigkeit, da Art und Umfang der Schädigung des fremden Vermögens von der beabsichtigten Verwendung der entwendeten Gegenstände durch den Täter unabhängig sind <sup>1)</sup>).

### III. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE UND DER UNRECHTSTYPUS

Wie oben festgestellt wurde, gehören die Merkmale der Strafzumessungsregeln und die reinen Schuldumstände nicht zum Unrechtstatbestand. Deshalb müssen alle Umstände der §§ 213, 199, 233 und § 26 WStG sowie die Schuldmerkmale der übrigen Schuldmilderungsgründe als Bestandteile des Unrechtstypus ausscheiden. Lediglich die Rechtswidrigkeitselemente der §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 sind zu ihm zu rechnen.

### IV. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE UND DER SCHULD TYPUS

Der Schuldtypus beinhaltet die Schuldumstände derjenigen Schuldmilderungsgründe, die keine Strafzumessungsregeln darstellen. Sie wurden oben aufgezählt. Dagegen umgreift der Schuldtypus die in §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 enthaltenen reinen Rechtswidrigkeitselemente nicht.

### V. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE UND DER GESETZLICHE TATBESTAND i. S. DES § 59

Da die Schuldmilderungsgründe eine Untergruppe der Strafmilderungsgründe sind, können ihre Merkmale als strafmildernde Umstände nicht zum gesetzlichen Tatbestand i. S. des § 59 gehören.

---

1) Zustimmend Daniel, S. 39 ff.; Phleps, S. 24 und S. 20 Anm. 2.  
A. A.: Lohner, S. 52 f.; Martens, S. 21; Mezger, Lb., S. 323

## DRITTES KAPITEL

DIE BEDEUTUNG DER SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE  
FÜR DIE IRRTUMSLEHRE

## A. DER STRAFRECHTLICHE IRRTUMSBEGRIFF

Ist im Strafrecht vom Irrtum des Täters die Rede, so bezeichnet dieses Wort zwei Begriffe. Einmal wird der Irrtum im eigentlichen Sinne darunter verstanden, d. h., die positiv unrichtige Vorstellung von etwas. Daneben umfaßt die Bezeichnung Irrtum im Strafrecht aber auch das bloße Nichtkennen oder Nichtwissen<sup>1) 2)</sup>. Man kann deshalb von einem "Irrtum im weiteren Sinne"<sup>3)</sup> sprechen, da streng genommen für den Begriff des Irrtums eine aktuelle Vorstellung wesentlich ist<sup>4)</sup>. Im Strafrecht wird das Wort Irrtum in diesem umfassenderen Sinne gebraucht, weil die Unterscheidung von Unkenntnis und aktueller falscher Vorstellung nach dem Willen des Gesetzgebers keine Bedeutung haben soll; Da § 59 nur auf die Kenntnis von Tat-  
umständen abstellt, kommt es allein auf das Fehlen der richtigen Vorstellung an<sup>5)</sup>. Unter dem Begriff Irrtum wird im Strafrecht also Unwissenheit (Unkenntnis, Man-  
gel der richtigen Vorstellung) verstanden<sup>6)</sup>. Es genügt, daß dem Irrenden die rich-  
tige Vorstellung fehlt; welche andere er hat, ist ohne Belang. "Irrten ist falsch an-  
nehmen oder zu Unrecht nicht annehmen"<sup>7)</sup>.

1) h. M. in Lehre und Praxis; vgl. v. Bar, Bd. II, S. 363; Binding, Schuld, S. 64; Engisch, Untersuchungen, S. 67, mit weiteren Nachweisen in Anm. 9; Frank, § 59 Anm. VII; Hardwig, GA 1956, 369; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 77; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 7; Wolf, Strafrechtliche Schuld-  
lehre, S. 152; RGSt 10, 337

2) Soweit es sich um den Irrtum eines Dritten handelt (z. B. bei § 263), ist diese Frage bestritten; vgl. Schwarz-Dreher § 263 Anm. 3 mit weiteren Nachweisen.

3) v. Hippel, VDA III, S. 542 Anm. 2

4) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 77

5) Eine Ausnahme machen §§ 21 der E 1960 u. E 1962, wonach nur bei irrtümlicher positiver Annahme ein Verbotsirrtum vorliegen soll. Diese Regelung steht aber im Gegensatz zur heute herrschenden Meinung in Theorie und Rechtspre-  
chung; vgl. Armin Kaufmann, Eberhard Schmidt-Festschrift, S. 325 ff.

6) Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 7

7) Binding, Schuld, S. 64

## B. DER GEGENSTAND DES IRRTUMS

Nach der Irrtumsrechtsprechung des Reichsgerichts ergibt sich die Relevanz eines Irrtums des Täters aus der Anwendung des Vorsatzbegriffs<sup>1)</sup>. Auch in der Literatur wird diese Meinung teilweise vertreten<sup>2)</sup>. Ausgehend von dieser Behauptung ist es nur folgerichtig zu sagen, die strafrechtliche Irrtumslehre sei nur die Vorsatzlehre vom negativen Standpunkt aus betrachtet<sup>3)</sup>. Wie oben bereits dargestellt<sup>4)</sup>, erschöpfen sich jedoch nach der heute überwiegenden Meinung die psychischen Beziehungen des Täters zu seiner Tat nicht in den Schuldformen Vorsatz und Fahrlässigkeit (anders die Vertreter der Vorsatztheorie). Nach ihrem Gegenstand werden vielmehr von Vorsatz und Fahrlässigkeit das Bewußtsein oder die Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit unterschieden (Schuldtheorie). Dementsprechend wird auch die einheitliche Behandlung des Irrtums abgelehnt; Ergibt sich aus der komplexen Natur des Verbrechens als tatbestandsmäßigem, rechtswidrigem und schuldhaftem mit Strafe bedrohtem Verhalten die soeben genannte Unterscheidung im psychologischen Schuld-element, so müssen auch die Rechtsfolgen des Irrtums nach seinem Bezugsobjekt unterschieden werden. Es sind die beiden Kategorien Tatbestands- und Verbotsirrtum auseinanderzuhalten, die auf die Unterscheidung von Tatbestand und Verbot zurückgehen.

## C. DIE IRRTUMSARTEN

Ausgehend vom strafrechtlichen Irrtumsbegriff als dem Mangel der richtigen Vorstellung und auf der Erkenntnis aufbauend, daß sich der Irrtum auf den Tatbestand oder das Verbot beziehen kann, sind folgende Irrtumsarten zu unterscheiden:

1. Der Täter nimmt das Vorhandensein von Milderungstatsachen irrtümlich an, die in Wirklichkeit nicht vorliegen. Beispiel: Der Dieb glaubt aus Not zum Diebstahl gezwungen zu sein, da er von einem ihm zugefallenen Lottogewinn noch nichts weiß.

1) Vgl. Maurach, AT, S. 363 ff.; Mezger, LK, § 59 Anm. II B 15; Hartung, DRZ 1949, 342 ff. und die von diesen Autoren genannten Entscheidungen des Reichsgerichts.

2) Frank, § 59 Anm. VII; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 331; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 77; v. Liszt-Schmidt, S. 264, mit weiteren Nachweisen in Anm. 1

3) Frank, § 59 Anm. VII; v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. II, S. 331; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 77; Kohlrausch, Irrtum und Schuldbegriff, S. 8; v. Liszt-Schmidt, S. 264 mit weiteren Nachweisen in Anm. 1

4) Siehe Seite 5 mit den Literaturnachweisen in Anm. 4

2. Der Täter kennt die Existenz von Milderungstatsachen nicht, die in Wahrheit gegeben sind.  
Beispiel: Es ist dem Dieb unbekannt, daß die gestohlene Sache seinen Notbedarf deckt, da er ohne sein Wissen die ganze Habe bei einem Brand verloren hat.
3. Der Täter glaubt irrtümlich an das Bestehen eines Schuldmilderungsgrundes, den es nicht gibt.  
Beispiel: Die eheliche Mutter nimmt an, sie werde nach § 217 privilegiert.
4. Der Täter kennt einen bestehenden Milderungsgrund nicht.  
Beispiel: Der unehelichen Mutter ist die Privilegierung der "Kindstötung" unbekannt.

#### D. DIE ENTSCHEIDUNGSMÖGLICHKEITEN; ÜBERBLICK ÜBER DIE VORGESCHLAGENEN LÖSUNGEN

Zunächst sollen nur die einzelnen Entscheidungsmöglichkeiten verbunden mit Hinweisen auf die bisher gegebenen Lösungen erörtert werden. Eine kritische Stellungnahme wird erst im Zusammenhang mit dem eigenen Lösungsvorschlag und im Anschluß daran stattfinden.

#### I. DER IRRTUM ÜBER DIE TATSÄCHLICHEN VORAUSSETZUNGEN EINES SCHULDMILDERUNGSGRUNDES

##### 1) Einheitliche Behandlung aller Fälle

Die Irrtumsproblematik kann hinsichtlich aller Schuldmilderungsgründe zu einer einheitlichen Entscheidung führen. Dafür haben sich die Vertreter derjenigen Meinung entschieden, die § 59 auch hinsichtlich der strafmildernden Tatumstände direkt anwenden wollen <sup>1)</sup>. Ausgenommen werden von ihnen nur diejenigen Milderungsfälle, die Strafzumessungsgründe darstellen, da deren Merkmale nach unbestrittener Meinung nicht zum gesetzlichen Tatbestand i. S. des § 59 gehören. Ferner sprechen sich auch die meisten Autoren, die eine analoge Anwendung des § 59 vorschlagen, für eine gemeinsame Behandlung aller Fälle aus <sup>2)</sup>. Weiter

- 1) Baumann, AT, S. 330; Dreher-Maassen, § 59 Anm. 3; Fraeb, GS 99, 460; Gerland, S. 137; Geyer, BT, S. 7; Hälschner, Bd. I, S. 271 ff; Heimberger, S. 61; Köhler, AT, S. 297; Kohlrausch-Lange, § 59 Anm. VII und § 217 Anm. I; Hellmuth Mayer, AT, S. 249; Meyer-Allfeld, S. 166 f.; Schwarz-Dreher, § 59 Anm. C 3 a; Schwinge, § 98 Anm. III 2; RMG 4, 97 ff.; 9, 175
- 2) Frank, § 59 Anm. III 2; Merkel, JW 1925, 898; Mezger, Lb., S. 322 ff.; ders. StuB. AT, S. 179 und LK, § 59 Anm. II 13; Schaffstein, Göttinger-Festschrift,

kommen zu einem einheitlichen Ergebnis: Daniel, für den alle Merkmale der Schuld-milderungsgründe Schuldmerkmale sind <sup>1)</sup>, Maurach und Lohner, die alle diese Elemente subjektiv auffassen <sup>2)</sup>, Oetker durch einen Schluß aus der Überschrift vor §§ 51 ff. <sup>3)</sup>, Ortmann durch die Anwendung der Versuchsvorschriften <sup>4)</sup>, Schönke-Schröder, die Folgerungen aus dem Schuldprinzip ziehen <sup>5)</sup> und schließlich Lange mit der Begründung, daß der Gesetzgeber stets auf die Motivationslage abstelle, was sich vor allem auch aus der Neufassung des § 157 ergebe <sup>6)</sup>.

## 2) Unterschiedliche Behandlung einzelner Fälle

Die Irrtumsprobleme können aber auch bei den einzelnen Schuld-milderungsgründen verschieden gelöst werden. Daß häufig danach unterschieden wird, ob Strafzumessungsregeln oder Normen mit tatbestandlichem Charakter vorliegen, wurde bereits erwähnt. Teilweise wird aber auch eine einheitliche Behandlung aller Milderungsfälle generell abgelehnt. Die Vertreter dieser Meinung unterscheiden, ob die Schuld-milderungsgründe ohne Rücksicht auf die Vorstellungen und Beweggründe des Täters wirken, oder ob der Gesetzgeber eine Einwirkung auf die Täterpsyche durch diese Umstände verlangt. Nur im zweiten Fall soll der Irrtum Bedeutung haben <sup>7)</sup>. Unterschiedliche Entscheidungen trifft auch die Praxis, die zwar einen Analogieschluß zu § 59 zuläßt, ihn aber bei jeder einzelnen Milderungsvorschrift aus deren Zweck heraus gerechtfertigt wissen will <sup>8)</sup>. Der Bundesgerichtshof unterscheidet sich hier vom Reichsgericht insofern, als er die analoge Anwendung des § 59 bei Strafzumessungsregeln ablehnt <sup>9)</sup>.

---

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 58:

S. 185 f.; Welzel, S. 69; ders., Niederschriften Bd. 2, S. 6

1) S. 46 f.

2) Maurach, AT, S. 224; Lohner, S. 142 ff., 44 f.

3) GS 93, 81 f.

4) GS 30, 37 f.

5) § 59 Anm. 6-8

6) Niederschriften Bd. 1, S. 121

7) Arndt, S. 93; Binding, Normen III, S. 313 ff., 322 ff.; ders. GS 81, 47 und Schuld, S. 99 f.; Finger, Bd. I, S. 250; Hegler, Frank-Festgabe I, S. 253 Anm. 3; v. Hippel, Lb., S. 192 Anm. 5; v. Liszt-Schmidt, S. 291 f.; M.E. Mayer, Lb., S. 329; Nagler, LK, 6. Aufl., § 59 Anm. VII; v. Olshausen, 1. Lieferung, § 59 Anm. 22; Rittler, Frank-Festgabe II, S. 9; ders. ÖZ 8, 362; Siegert, S. 98; Thierfelder, S. 115 ff.; Wendt, JZ 1951, 724

8) RGSt 69, 315; 42, 68; BGHSt 1, 207

9) BGHSt 1, 207 gegen RGSt 69, 315

Weitere Lösungsvorschläge machen Martens und v. Schwarze, die bei der irrtümlichen Annahme von Milderungsumständen einheitlich entscheiden, während die irrtümliche Nichtkenntnis nach v. Schwarze nur bezüglich derjenigen Umstände, die die Vorstellungswelt des Täters betreffen, Bedeutung haben soll, und Martens die Beachtlichkeit der irrtümlichen Unkenntnis auf die primär-psychischen Schuldumstände beschränkt <sup>1)</sup>.

### 3) Folgen der irrtümlichen Annahme

Die irrtümliche Annahme eines Schuldmilderungsgrundes kann zur Anwendung der milderen Vorschrift führen oder unbeachtlich sein. Für die Vertreter einheitlicher Lösungen und für Martens ist diese falsche positive Vorstellung des Täters relevant und führt somit zur Bestrafung aus der Milderungsvorschrift. Die eheliche Mutter z. B., die ihr für unehelich gehaltenes Kind tötet, wird also nur gemäß § 217 bestraft <sup>2)</sup>. Die Anhänger dieser Meinung weichen nur insoweit voneinander ab, als diejenigen, die § 59 direkt anwenden, die Strafzumessungsregeln grundsätzlich nicht einbeziehen <sup>3)</sup>. Die Vertreter der Ansicht, nach der die einzelnen Fälle verschieden behandelt werden sollen, messen der irrtümlichen Annahme des Täters unterschiedliche Bedeutung zu: Nur wenn ein Umstand auf die Täterpsyche wirken soll, führt der Irrtum zur Anwendung der milderen Norm <sup>4)</sup>. Anders entscheidet von Schwarze, der die irrtümliche Annahme eines Schuldmilderungsgrundes stets für irrelevant erklärt, da dieser Irrtum den Dolus überhaupt nicht berühre <sup>5)</sup>.

### 4) Wirkung der irrtümlichen Unkenntnis

Auch die irrige Nichtkenntnis kann strafrechtliche Bedeutung haben oder nicht; beide Alternativen haben Anhänger gefunden. Soweit die irrtümliche Annahme zur Anwendung des milderen Gesetzes führen soll, wird regelmäßig auch die irrtümliche Unkenntnis für beachtlich erklärt. Ausnahmen machen Gerland, Heimberger, v. Hippel, M. E. Mayer, Merkel, Oetker und Thierfelder <sup>6)</sup>. Sie tragen vor, es handle sich um einen irrelevanten Überschuß des verbrecherischen Vor-

1) Martens, S. 27 ff., 49 ff.; v. Schwarze, § 59 Anm. 11

2) Nachweise siehe oben S. 58 Anm. 1-2 und S. 59 Anm. 1-2 und 6 und Martens, S. 50 f., 36 ff., 42 ff.

3) Nachweise siehe oben S. 58, Anm. 1

4) Nachweise siehe oben S. 59, Anm. 7

5) v. Schwarze, § 59 Anm. 11

6) Gerland, S. 137; Heimberger, S. 61 f.; v. Hippel, Lb., S. 192 (Anm. 5); M. E. Mayer, Lb., S. 329; Merkel, JW 1925, 897 f.; Oetker, GS 93, 82 Anm. 1; Thierfelder, S. 115 f.

satzes, der den vorhandenen Schuldmilderungsgrund nicht beseitigen könne, weil dies zu Lasten des Täters gehe. Es sei unmöglich, ihn für mehr verantwortlich zu machen als er tatsächlich getan hat. Die Bestrafung müsse deshalb aus der milderen Vorschrift erfolgen.

Weitere Lösungen vertreten Martens und v. Schwarze. Nach letzterem soll die irrtümliche Nichtkenntnis lediglich hinsichtlich derjenigen Tatumstände relevant sein, die die Vorstellungswelt des Täters betreffen <sup>1)</sup>, nach Martens sogar nur bei den subjektiv gefaßten Schuldumständen, obwohl er die irrige Annahme stets berücksichtigt wissen will <sup>2)</sup>, während ihr v. Schwarze überhaupt nie Bedeutung zukommen läßt <sup>3)</sup>. Auch bei diesen beiden Autoren fällt also die Beachtlichkeit von irrtümlicher Annahme und Unkenntnis auseinander.

## II. DER IRRTUM ÜBER DAS BESTEHEN EINES SCHULDMILDERUNGSGRUNDES

Kennt der Täter einen in der Rechtsordnung vorgesehenen Schuldmilderungsgrund nicht oder nimmt er einen nicht vorhandenen an, so sind unterschiedliche Lösungen der Irrtumsprobleme bezüglich der einzelnen Schuldmilderungsgründe nicht denkbar. Dagegen erhebt sich auch hier die Frage nach der Beachtlichkeit der irrtümlichen Annahme und Nichtkenntnis des Täters. Die auftretenden Fragen scheinen bisher im konkreten Zusammenhang noch nicht behandelt worden zu sein.

### E. DIE EIGENE LÖSUNG; KRITISCHE STELLUNGNAHME ZU DEN BISHERIGEN ERÖRTERUNGEN IN THEORIE UND PRAXIS

#### I. DER IRRTUM ÜBER DIE TATSÄCHLICHEN VORAUSSETZUNGEN EINES SCHULDMILDERUNGSGRUNDES

##### 1) Anwendbarkeit des § 59

Nach § 59 erfordert der Vorsatz eine bestimmte Kenntnis von denjenigen Tatumständen, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Der Täter muß sich die konkreten Tatumstände in ihren relevanten Eigenschaften vorgestellt haben, und zwar, soweit sie zur Zeit seines Handelns vorlagen, als gegeben, soweit sie durch sein Handeln erst verursacht worden sind, als hierdurch eintretend <sup>4)</sup>. Fehlt dieses

1) v. Schwarze, § 59 Anm. 11

2) Martens, S. 36 ff., 42 ff., 50 f.

3) v. Schwarze, § 59 Anm. 11

4) Engisch, Untersuchungen, S. 65 f.

Wissen, so ist der Vorsatz ausgeschlossen. Daraus folgt, daß sich der Begriff des Irrtums nach § 59 aus dem Vorsatzbegriff ergibt: Der Tatbestandsirrtum ist die Kehrseite des Vorsatzes, das Fehlen der zum Vorsatz erforderlichen Kenntnis der Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes. Da aber oben festgestellt wurde, daß die Merkmale der Schuldumilderungsgründe nicht zum gesetzlichen Tatbestande gehören, muß der Lösungsvorschlag derjenigen Autoren abgelehnt werden, die § 59 unmittelbar anwenden wollen<sup>1)</sup>. Auch wird die direkte Heranziehung des § 59 ohnehin immer nur behauptet, die entsprechenden Folgerungen aber nicht gezogen. Dies läßt sich an einem Beispiel deutlich zeigen. Nimmt z. B. die eheliche Mutter, die ihr Kind tötet, an, es sei unehelich, so gäbe es bei Anwendung des § 59 folgende Lösungsmöglichkeiten:

- a) Bestrafung der Täterin nach §§ 217, 43 in Idealkonkurrenz mit § 212, denn der gesetzliche Tatbestand des § 212 ist verwirklicht und zur Begehung einer Straftat gem. § 217 war die Täterin entschlossen. Damit wäre aber der Sinn des § 217 in sein Gegenteil verkehrt: Die unehelich Gebärende soll wegen ihrer schwierigen Lage milder bestraft werden, während die eheliche Mutter, die sich auf Grund ihrer Vorstellungen in der gleichen Lage befindet, scharfer als der Totschläger bestraft würde, § 73.
- b) Bestrafung nach §§ 217, 43, die als das speziellere Recht den § 212 verdrängen. Die Folge davon wäre, daß nur versuchte Tötung angenommen würde, obwohl ein Mensch getötet worden und deshalb eine Leiche vorhanden ist.
- c) Oder sollte gar § 222 zu §§ 217, 43 in Idealkonkurrenz stehen, wenn die Täterin den Irrtum fahrlässig verschuldet hat (§ 59 Abs. 2)? Das wäre in der Tat ein kurioses Ergebnis: Sie hat vorsätzlich getötet und würde wegen versuchter und zugleich wegen fahrlässiger Tötung bestraft.

Diese Folgerungen werden von keinem der oben genannten Autoren gezogen, die angeblich § 59 anwenden<sup>2)</sup>. Damit ergibt sich, daß der Irrtum über Schuldumilderungsgründe kein Tatbestandsirrtum gem. § 59 ist und auch nur angeblich so behandelt wird. Zumindest direkt kann § 59 zur Lösung der Probleme nicht herangezogen werden<sup>3)</sup>.

1) Nachweise siehe oben S. 58 Anm. 1

2) Bei den Vermögensstraftaten (§§ 248a, 264a, 370 Nr. 5) bekennen sich einzelne Kommentatoren zu solchen Konsequenzen. Dagegen zieht sie Ortmann, GS 30, 37 f., ganz allgemein, obwohl er § 59 gerade nicht angewendet wissen will. Im einzelnen wird auf diese Meinungen noch eingegangen werden.

3) Zust. Binding, Normen III, S. 313 f.; Daniel, S. 1; v. Liszt-Schmidt, S. 291 Anm. 15; Lohner, S. 12 f.; Martens, S. 24; Thierfelder, S. 115

## 2) Analoge Anwendung des § 59

Die Ansicht, daß die Irrtumsproblematik der Schuldmitderungsgründe mit einem Analogieschluß zu § 59 gelöst werden könne, hat in Lehre und Rechtsprechung Anklang gefunden <sup>1)</sup>. Diese Analogie wird damit begründet, daß der Täter nach dem Grundgedanken des § 59 bei Unkenntnis der wahren tatsächlichen Situation nicht nach der wirklichen, sondern nach der angenommenen Lage bestraft werden müsse <sup>2)</sup>. Es erscheint aber fraglich, ob eine analoge Anwendung des § 59 dieses Ergebnis auch wirklich bringt.

Beim Analogieschluß (argumentum a simile) wird zur Ausfüllung einer Lücke im Recht - im Gegensatz zum deduktiven Schluß, bei dem das Besondere aus dem Allgemeinen abgeleitet wird - vom Besonderen auf das Besondere geschlossen <sup>3)</sup>. Das kann aber immer nur dann sinnvoll sein, wenn das Besondere dem Besonderen ähnlich ist, wenn ein gemeinsamer "Ähnlichkeitskreis" <sup>4)</sup> vorliegt. Es muß die Möglichkeit bestehen, aus den besonderen Erscheinungen, die die Grundlage des Schlusses bilden, einen allgemeinen Gedanken zu abstrahieren. Soll also im Recht eine Norm analog angewendet werden, so ist zu prüfen, ob das Besondere, das gesetzlich geregelt ist, mit dem Besonderen, für das eine Regelung fehlt, diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die Vorschrift beruht. Gelingt dieser Nachweis, so ist der Analogieschluß statthaft, d. h. der unregelmäßige Sachverhalt kann nach der betreffenden Vorschrift behandelt werden, soweit die Ähnlichkeit reicht. Eine analoge Anwendung des § 59 bringt es also notwendigerweise mit sich, daß die Rechtsfolgen dieser Norm eintreten. Worin sie bestehen, wurde oben bereits ausgeführt. Sie werden von keinem Vertreter der Ansicht, die angeblich § 59 analog heranziehen, als richtig anerkannt. Zudem fehlt es auch an einer weiteren Voraussetzung für diese Analogie. Der Gesetzgeber hat durch die Formulierung des § 59 zum Ausdruck gebracht, daß die strafmildernden Umstände nicht

1) Nachweise s. o. S. 58, Anm. 2 und S. 59, Anm. 8

2) Mezger, Lb., S. 322; BGHSt 1, 207. Soll überhaupt ein Analogieschluß gezogen werden, kann dies nur auf einer solchen Grundlage geschehen. Wenn Binding, Normen III, S. 313 ff., und an ihn anschließend Martens, S. 25 Anm. 67, und Lohner, S. 13 Anm. 2, losgelöst von Sinn und Zweck des § 59 mehrere sich widersprechende Analogieschlüsse für möglich halten, die gleichberechtigt nebeneinanderstehen, so kann dies zwar im strengen Sinne logisch sein, aber dem Wesen eines Analogieschlusses nicht gerecht werden. Es muß nämlich von dem Gedanken ausgegangen werden, der dem Gesetzgeber bei der fraglichen Norm vorschwebte. Abstrakte Schlüsse, die diesen Ausgangspunkt nicht haben, sind ohne praktischen Wert.

3) Vgl. dazu und zum Folgenden Engisch, Einführung, S. 142 ff.; Klug, S. 101 ff.; Maurach, AT, S. 87 ff.

4) Klug, S. 125

zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Damit liegt insoweit keine ausfüllungsfähige Lücke vor, da der Fall negativ geregelt ist.

Auch eine analoge Anwendung des § 59 scheidet deshalb aus <sup>1)</sup>. Es ergibt sich die merkwürdige Situation, daß diejenigen Lösungen, die die meisten Vertreter gefunden haben, etwas ganz anderes darstellen, als ihre Anhänger behaupten.

### 3) Analoge Anwendung der Milderungsvorschriften

Einerlei ob § 59 direkt oder analog herangezogen werden soll, die Vertreter dieser Meinung gelangen zu dem Ergebnis, daß die irrtümliche Annahme von Schuld-milderungsgründen zur Bestrafung aus der milderen Vorschrift führt. Es handelt sich also um eine (falsch bezeichnete) analoge Anwendung der Milderungsnormen selbst. Erste Voraussetzung der Richtigkeit dieser Lösung ist aber, daß eine ausfüllungsfähige Lücke vorliegt. Diese Frage ist nun für die einzelnen Gruppen der Umstände der Schuld-milderungsgründe zu untersuchen.

#### a) Der Irrtum über Schuldumstände

Es hat sich ergeben, daß die Schuldmerkmale der Schuld-milderungsgründe entweder der Schuld-fähigkeit oder dem normativen Schuld-element angehören. Das aufgeworfene Problem soll deshalb bezüglich dieser beiden Untergruppen der Milderungs-umstände gesondert geprüft werden.

#### aa) Umstände, die die Schuld-fähigkeit betreffen

Unter dem Begriff "Schuld-fähigkeit" wurde oben die Fähigkeit des Täters verstanden, das Unerlaubte seiner Tat einzusehen und sich frei nach dieser Erkenntnis zu entscheiden. Es hat sich gezeigt, daß der schuld-fähige Täter in seiner Einsichts- oder Willens-fähigkeit beeinträchtigt sein kann (verminderte Schuld-fähigkeit). Auch wurden einige Merkmale der Schuld-milderungsgründe festgestellt, bei denen der Gesetzgeber dieser Tatsache Rechnung getragen hat:

§§ 199, 233: "auf der Stelle";

§ 213 "Reizung" und "Hingerissensein" sowie (das überflüssige Merkmal) "auf der Stelle";

§ 217 "in oder gleich nach der Geburt";

§ 26 WStG "Erregung" und "Hingerissensein".

1) Zust. Binding, Normen III, S. 314 ff.; v. Liszt-Schmidt, S. 291 Anm. 15; Lohner, S. 13; Martens, S. 25 f.; Thierfelder, S. 115

Soll die Wirkung eines Irrtums über das Vorliegen dieser Merkmale untersucht werden, ist vom Irrtum über die Schuldfähigkeit auszugehen, da die Gründe, die die Schuld ausschließen, nur die Endglieder einer im Kern des Schuldbegriffs beginnenden Reihe sind; der Schuldaußschluß unterscheidet sich von der Schuldmilderung nur dem Grade nach <sup>1)</sup>.

Nach einhelliger Meinung sind die Vorstellungen des Täters von seiner Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit unbeachtlich <sup>2)</sup>. Ein seine Schuldfähigkeit verneinendes Gutachten ist kein "Jagdschein" für zukünftige Straftaten <sup>3)</sup> und umgekehrt kann der Irrtum des Täters seine fehlende Schuldfähigkeit auch nicht ersetzen. Er braucht z.B. nicht zu wissen, daß er bereits 14 Jahre alt ist. Nimmt er irrtümlich das Gegenteil an, so kann es ihm ebensowenig nützen wie im entgegengesetzten Fall schaden. Es kommt also stets auf das Vorhandensein der Umstände an, die die Schuldfähigkeit betreffen. Dies gilt auch, wenn die verminderte Schuldfähigkeit festgestellt wird. Knüpft der Gesetzgeber an solche psychischen Beschaffenheiten des Täters an, so wirken sie - unabhängig von dessen Vorstellungen - durch ihr Gegebensein. Dies muß auch für die Schuldmerkmale der Schuldmilderungsgründe, die zur Schuldfähigkeit gehören, seine Geltung haben. § 217 ist z.B. auch im folgenden Fall anzuwenden: Die uneheliche Mutter fällt bei der Geburt in eine kurze Ohnmacht. Nach ihrem Erwachen glaubt sie, sie sei einen ganzen Tag oder länger nicht zu sich gekommen und habe deshalb den durch die Geburt herbeigeführten Erschöpfungszustand längst überwunden. Ein solcher Irrtum kann der Täterin nicht schaden, wenn sie das Neugeborene tötet, bevor sie sich von den unmittelbaren psychischen Auswirkungen der Geburt tatsächlich erholt hat. § 217 bleibt anwendbar.

Damit liegt bezüglich des Irrtums über diejenigen Milderungsumstände, die die Schuldfähigkeit betreffen, keine Lücke vor, die durch einen Analogieschluß ausgefüllt werden könnte. Sind diese Momente vorhanden, so sind sie stets zu berücksichtigen. Irrtumsprobleme können überhaupt nicht auftreten, da die Vorstellungen des Täters keine Bedeutung haben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um primär-psychische (§ 213 und § 26 WStG: "Reizung" und "Hingerissenensein") oder um scheinobjektivierte (§§ 199, 213, 233: "auf der Stelle" und § 217: "in oder

1) Frank, Aufbau, S. 6; Heims, ZStW 40, 591; Mezger, ZStW 47, 485 f.; Thierfelder, S. 29

2) Baumann, AT, S. 334; Binding, Normen III, S. 313; Gerland, S. 132; Hälschner, Bd. 1, S. 272 f.; v. Liszt-Schmidt, S. 270; Mezger, Lb., S. 308; ders., StuB AT, S. 175, 180; Rittler, ÖZ 8, 363; Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, S. 173; Thierfelder, S. 128; Begründung des E 1960, S. 126 f. und des E 1962, S. 134

3) Mezger, StuB, AT, S. 175

gleich nach der Geburt") Schuldumstände handelt, ob die Schuldumilderungsgründe tatbestandlichen Charakter haben oder Strafzumessungsregeln darstellen.

bb) Umstände, die zum normativen Schuldelement gehören

Zum normativen Schuldelement, das die schwierigen Motivationslagen des Täters betrifft, wurden folgende Merkmale gezählt:

- § 157: "die Absicht, von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden";
- §§ 199, 233: "Erwiderung";
- § 213: "Zufügung einer Mißhandlung oder schweren Beleidigung von dem Getöteten" und "ohne eigene Schuld";
- § 216: "ausdrückliches und ernstliches Verlangen des Getöteten" und "Bestimmtheit";
- § 217: "uneheliches Kind";
- §§ 248a, 264a: "aus Not";
- § 313 Abs. 2: "die auf Schutz seines Eigentums gerichtete Absicht";
- § 370 Nr. 5: "zum alsbaldigen Verbrauch" und "Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs";
- § 26 WStG: "vorschriftswidrige Behandlung eines Vorgesetzten" und "begreiflich".

Wie soeben bei der Behandlung der Schuldumstände, die die Einsichts- und Willensfähigkeit des Täters beeinträchtigen, vom Irrtum über die Schuldfähigkeit ausgegangen wurde, so soll auch hier aus den oben genannten Gründen vom Irrtum über das Vorliegen der Schuldtaatschließungsgründe, die die Zumutbarkeit des Verhaltens betreffen (§§ 52, 54), ausgegangen werden.

Die Lösung dieses Problems ist äußerst umstritten, es werden verschiedene und sich widersprechende Meinungen vertreten. Ein Teil der Lehre und die Praxis wenden § 59 analog an, indem sie die Merkmale dieser Entschuldigungsgründe wie Tatstände des gesetzlichen Tatbestandes behandeln <sup>1)</sup>.

1) Baldus, Niederschriften, Bd. 2, Anhang Nr. 23, S. 72; Baumann, AT, S. 331ff. Beyerlein, S. 122; Frank, § 54 Anm. I; Jagusch, LK, § 54 Anm. 7; Hellmuth Mayer, AT, S. 250; Meyer-Allfeld, S. 135; Mezger, Lb., S. 319 ff.; ders. StuB., AT, S. 178 f.; v. Olshausen, 1. Liefg., § 52 Anm. 6; Schwarz-Dreher, § 52 Anm. 3 B; dies. § 54 Anm. 6; RGSt 60, 103; 66, 227; BGHSt 5, 375; BGH JZ 1953, 46 f.

Dieser Analogieschluß kann aber wiederum nur dann richtig sein, wenn eine ausfüllungsfähige Lücke vorhanden ist. Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer kurzen Analyse der genannten Schuldausschließungsgründe.

Wie oben bereits allgemein dargestellt und bei der Untersuchung der Schuldmitte-  
rungsgründe erprobt, sind die Schuldumstände niemals objektiv. Enthält z.B. § 54  
objektiv gefaßte Elemente, so kann es sich nur um schein-objektivierte oder prä-  
sumptive Schuldmerkmale handeln. Soweit sie zur Schuldfähigkeit gehören, hat es  
sich bereits ergeben, daß sie auch bei objektiver Fassung stets zu berücksichtigen  
sind, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen. Die Vorstellungen des Tä-  
ters sind unbeachtlich. Für die Umstände, die zum normativen Schulelement  
gehören, kann aber nichts anderes gelten; auch sie wirken stets durch ihr Vorhan-  
densein. Der seelische Druck, der auf dem Täter lastet, ist bei eingebildeter Not-  
standslage ebenso groß wie wenn sie wirklich vorliegt. Es besteht kein Grund für  
eine unterschiedliche strafrechtliche Behandlung. Der Täter ist in beiden Fällen  
kein ansprechbarer Normadressat, da die für den Schuldausschluß maßgebliche  
schwierige Motivationslage davon unabhängig ist, ob der Täter die Gesamtsitua-  
tion seines Handelns richtig oder falsch einschätzt. In jedem Fall kann ihm ande-  
res Verhalten, als sich aus der Zwangslage zu befreien, nicht zugemutet werden<sup>1)</sup>.  
"Nicht der Notstand ist in Wahrheit Entschuldigungsgrund, sondern die Annahme  
des Notstandes"<sup>2)</sup>. Da die psychische Zwangssituation das Leitmotiv der Schuld-  
ausschließungsgründe ist, kann es keinen Unterschied machen, ob sich der Täter  
wirklich in einer Notlage befindet, oder ob er sich dies nur einbildet. Der psychi-  
sche Druck ist derselbe. Die Annahme einer Notstandslage ist deshalb stets - also  
auch wenn sie auf einem Irrtum beruht - ein echter Schuldausschließungsgrund.  
Putative Schuldausschließungsgründe gibt es nicht<sup>3)</sup>. § 54 erfaßt die vermeintliche

1) Engisch, ZStW 70, 589 Anm. 50; Goldschmidt, Frank-Festgabe I, S. 445 f.  
(mit weiteren Nachweisen in Anm. 6); ders. ÖZ 4, 136 (= Sonderabdruck S. 8);  
Hegler, ZStW 36, 216; ders., JW 1923, 1032 u. Frank-Festgabe I, S. 252 Anm.  
4; Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 182; ders. JZ 1956, 353; Kohl-  
rausch-Lange, § 54 Anm. I; Lange, Niederschr., Bd. 12, S. 161; Marcetius, S. 53;  
M.E. Mayer, Lb., S. 317 ff.; Merkel, Grundriß, S. 136; Niese, JZ 1955, 323;  
Nowakowski, Strafrecht, S. 77; ders. ZStW 65, 386; Radbruch, Frank-Festgabe  
I, S. 166; Eb. Schmidt, Niederschr. Bd. 2 Anh. 22, S. 68; ders. Niederschr.  
Bd. 12, S. 157; Studtrucker, S. 136 ff.; Zimmerl, Tatbestand, S. 68; v. Liszt-  
Schmidt, S. 288 f., und Siegert, S. 83 ff., leiten dieses Ergebnis nicht aus  
§§ 52, 54, sondern aus allgemeinen übergesetzlichen Schuldregeln her.

2) Radbruch, Frank-Festgabe I, S. 166

3) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 182; Radbruch, Frank-Festgabe I,  
S. 166; Studtrucker, S. 137; Zimmerl, Tatbestand, S. 68

Notstandslage direkt, man darf sich von der teilweise objektiven Fassung dieser Norm nicht beirren lassen. Damit fehlt es beim Irrtum über die Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens bereits an der ersten Voraussetzung für einen Analogieschluß; es gibt keine ausfüllungsfähige Lücke, da alle Fälle ausdrücklich geregelt sind. Irrtumsprobleme können überhaupt nicht auftreten <sup>1)</sup>.

Im umgekehrten Falle, wenn der Täter einen objektiv vorliegenden Schuldaußschließungsgrund nicht kennt, kann dieser ihm auch nicht zugute kommen, da er in seiner Willensbildung nicht beeinflußt war <sup>2)</sup>.

Nach alledem muß § 20 des E 1962 einen bedauerlichen Rückschritt darstellen, da dort - wie auch schon in § 19 des E 1956 - die tatirrtümliche Annahme eines Schuldaußschließungsgrundes genauso behandelt wird wie die tatirrtümliche Annahme von Rechtsfertigungsvoraussetzungen. Da es bei den Schuldaußschließungsgründen keine Irrtumsprobleme gibt, ist diese Regelung dogmatisch verfehlt und irreführend. Leider wurde damit der Fortschritt, den § 20 des E 1960 hier dadurch gebracht hatte, daß er beide Fälle auseinanderhielt, wieder rückgängig gemacht.

Unabhängig von der Feststellung der vom Gesetzgeber für das geltende Recht getroffenen Regelung ist die Frage, ob die lex lata auch in jeder Hinsicht befriedigen kann. In der Tat zeigt sich nämlich ein schwerwiegender Mangel, der mit dem Schuldhafungsprinzip kaum vereinbar ist; Der Täter, der irrtümlich die tatsächlichen Voraussetzungen eines Schuldaußschließungsgrundes annimmt, geht auch dann straffrei aus, wenn er den Irrtum verschuldet hat. Da auch die irrtümliche Annahme einer Notstandslage nach §§ 52, 54 in diesen Vorschriften geregelt wird, ist "eine strafbare Handlung nicht vorhanden", wie §§ 52, 54 ausdrücklich bestimmen. Auch Fahrlässigkeit kann deshalb nicht vorgeworfen werden <sup>3)</sup>. De lege lata läßt sich an diesem unerfreulichen Ergebnis aber nichts ändern. Der von Hegler <sup>4)</sup> vorgeschlagene Weg, diese Fälle analog der fahrlässigen Begehung der verwirklichten Strafnorm zu behandeln, ist schon deshalb nicht gangbar, weil es sich um einen unzulässigen Analogieschluß zuungunsten des Täters handeln würde: Nur diejenigen Taten werden von den Fahrlässigkeitsstrafnormen unter Strafe

---

1) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 182; ders., JZ 1956, 353; Studtrucker, S. 137

2) Arthur Kaufmann, Unrechtsbewußtsein, S. 182; Studtrucker, S. 138 f.

3) Zust. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, S. 236; v. Liszt-Schmidt, S. 289 (deutlicher in der 25. Aufl. S. 272)

4) ZStW 36, 216 Anm. 113; ders., JW 1923, 1032; an ihn schloß sich Thierfelder, S. 100 Anm. 91 an. Im Ergebnis wie Hegler: Beyerlein, S. 122; Frank, Aufbau, S. 19; Goldschmidt, ÖZ 4, 167 (= Sonderabdruck S. 39); Schönke-Schröder, § 59 Anm. VII 6; Siegart, S. 94 ff.

gestellt, die fahrlässig begangen werden. Eine Ausdehnung auf vorsätzliche Taten widerspricht dem Grundsatz, daß Strafbegründungen und Strafschärfungen nur *lege scripta et stricta* erfolgen können (Art. 103 Abs. 2 GG) <sup>1)</sup>. Für ein zukünftiges Strafgesetz hat deshalb Engisch den Vorschlag gemacht, eine "Notstandsfahrlässigkeit" einzuführen, die bei leichtfertigem Putativnotstand selbst dann Strafbarkeit eintreten lassen soll, wenn der Gesetzgeber fahrlässiges Handeln nicht mit Strafe bedroht <sup>2)</sup>. Im geltenden Recht erscheinen jedoch alle Versuche verfehlt, den Täter, der in verschuldetem Notstand handelt, wegen fahrlässiger Tatbegehung zu bestrafen. Für einen Analogieschluß zu § 59 fehlt neben einer ausfüllungsfähigen Lücke auch die erforderliche Ähnlichkeit; § 59 betrifft das psychologische und nicht das hier interessierende normative Schulselement. Ferner vermag die analoge Anwendung des § 59 auch vom Ergebnis her nicht zu befriedigen, da eine wirkliche Notstandssituation die Tatbestandsmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit und das psychologische Schulselement unberührt läßt, die vorsätzliche Tat also nur entschuldigt, während die irrtümliche Annahme einer Notstandslage dieselbe Tat zu einer fahrlässigen machen würde <sup>3)</sup>. Reichsgericht und Bundesgerichtshof haben dieses kuriose Ergebnis des öfteren nicht vermeiden können <sup>4)</sup>.

Schließlich soll noch auf die abweichende Ansicht Jeschecks, Maurachs und Welzels <sup>5)</sup> eingegangen werden, die die Regeln über den Verbotsirrtum anwenden wollen. Auch diese Meinung erscheint unzutreffend. Ein Verbotsirrtum liegt nicht vor, da der im entschuldigenden Notstand handelnde Täter das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hat. Er weiß, daß er etwas Unerlaubtes tut und handelt bewußt dem Verbot zuwider, um eine Gefahr abzuwenden. Eine direkte Anwendung der Verbotsirrtumsregelung scheidet damit aus. Ein Analogieschluß scheitert schon daran, daß keine ausfüllungsfähige Lücke vorliegt. Auch ist eine Ähnlichkeit der zu beurteilenden Sachverhalte nicht feststellbar. Es kann Welzel nicht gefolgt werden, wenn er behauptet, daß die tatirrtümliche Annahme von Entschuldigungsgründen ebenso behandelt werden müsse wie die tatirrtümliche Annahme von Rechtfertigungsgründen, da sich der Irrtum in beiden Fällen auf denselben Inhalt beziehe <sup>6)</sup>. Während im zweiten Fall das Verbot Gegenstand der falschen Vorstellungen

1) Vgl. Maurach, AT, S. 87

2) Engisch, ZStW 70, 609 f.; die Regelung, die zunächst für den rechtfertigenden Notstand gedacht ist, soll für den entschuldigenden Notstand entsprechend vorgeesehen werden (Engisch a. a. O., S. 610 Anm. 95)

3) Vgl. Welzel, ZStW 67, 222

4) RGSt 66, 227; BGHSt 5, 374 f.

5) Jescheck, Niederschriften, Bd. 12, S. 160; ders. a. a. O., Anhang A Nr. 5; Maurach, AT, S. 382 f.; Welzel, S. 164 f.; ders. ZStW 67, 222 f.; diese Meinung hat auch in §§ 40 Abs. 2 der E 1960 und E 1962 ihren Niederschlag gefunden.

6) Welzel, ZStW 67, 222 f.

des Täters ist, verstößt der Täter beim Irrtum über die Zumutbarkeit bewußt gegen das Verbot, glaubt aber irrig, sein Verhalten sei nicht vorwerfbar <sup>1)</sup>.

Es ergibt sich also, daß bei der Feststellung des normativen Schudelements das Vorliegen des seelischen Drucks maßgeblich ist und die Vorstellungen des Täters nur insoweit beachtlich sein können, als sie geeignet sind, die psychische Zwangslage herbeizuführen bzw. nicht eintreten zu lassen. Das gilt auch für die zur Zumutbarkeit gehörenden Umstände der Schuld-milderungsgründe, da die Schuld-ausschließungsgründe im Grunde genommen nur Fälle erheblich gemilderter Schuld sind ("Schuldquantifizierungen" <sup>2)</sup>), die den Gesetzgeber veranlassen, von der praktischen Erhebung eines Schuldvorwurfs abzusehen <sup>3)</sup>. Auch diese Merkmale der Schuld-milderungsgründe sind stets zu berücksichtigen, wenn der in den Milderungsnormen beschriebene seelische Druck auf dem Täter lastet. Hält z. B. die eheliche Mutter ihr Kind, das sie unter dem Einfluß des Geburtsvorgangs tötet, für unehelich, so wird sie nach § 217 bestraft, der diesen Fall direkt regelt. Die objektive Fassung des Schuldumstands "uneheliches Kind" kann über seinen subjektiven Charakter nicht hinwegtäuschen. Auch hier liegt deshalb keine ausfüllungsfähige Lücke vor, so daß ein Analogieschluß weder möglich ist noch sinnvoll sein kann. Irrtumsprobleme können nicht auftreten, da den Vorstellungen des Täters nur insoweit Bedeutung zukommt, als sie die besondere seelische Verfassung mit sich bringen bzw. vermuten lassen. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich um primär-psychische (z. B. § 248a: "aus Not") oder präsumtive (z. B. § 217: "uneheliches Kind") Umstände handelt, ob die Schuld-milderungsgründe in Form von tatbestandlichen Abweichungen oder als Strafzumessungsregeln gefaßt sind.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses zeigt auch die Neufassung des § 157. Inhaltlich besteht zwischen § 157 a. F. und der neuen Fassung dieser Norm - abgesehen von der jetzt nur noch fakultativen Strafmilderung - kein Unterschied. Die Neuordnung trug lediglich dem Streit um die Irrtumsfragen, und zwar vor allem der unbefriedigenden Auslegung des Reichsgerichts, Rechnung. § 157 wurde neu gefaßt, damit auch in der Diktion zum Ausdruck gebracht ist, daß es nur auf das Vorliegen der psychischen Zwangslage ankommt.

1) Wie hier Engisch, ZStW 70, 589 Anm. 50; Grünhut, ZStW 52, 130; Hegler, ZStW 36, 216 Anm. 113; Lange, Niederschriften, Bd. 12, S. 161 f.; Nowakowski, ZStW 65, 386; Eb. Schmidt, Niederschriften, Bd. 2, Anhang 22, S. 68; ders. Niederschriften, Bd. 12, S. 157; Studtrucker, S. 133 ff.

2) Armin Kaufmann, Eberhard Schmidt-Festschrift, S. 320, Anm. 7; ders. Unterlassungsdelikte, S. 156 f.

3) Siehe oben Seite 7 mit den Literaturnachweisen in Anm. 3 und Seite 65 Anm. 1

## b) Der Irrtum über Rechtswidrigkeitsmerkmale

Folgende Rechtswidrigkeitsmerkmale wurden bei den Schuld-milderungsgründen festgestellt:

§§ 248a, 264 a: "geringwertige Gegenstände";

§ 370 Nr. 5 : "geringe Menge" und "unbedeutender Wert".

Sie sagen etwas über die - gegenüber den Grundtatbeständen - besondere Art des Verbotenseins aus und betreffen objektive Zustände. Im Gegensatz zu den Schuldumständen kann es deshalb nicht nur auf ihr Vorliegen ankommen. Da die Rechtswidrigkeitsmerkmale der einzelnen Verbrechenarten grundsätzlich zum Unrechtstatbestand gehören, liegt es hier besonders nahe, den § 59 - sei es direkt oder analog - heranzuziehen. Wie bereits dargestellt wurde, scheitert aber die direkte Anwendung daran, daß es sich um strafmildernde Tatumstände handelt, und für einen Analogieschluß fehlt es schlechthin an allen denkbaren Voraussetzungen, wie oben ausgeführt wurde. Wenn hier noch einmal auf diese schon behandelte Problematik eingegangen wird, so geschieht dies deshalb, weil hier vereinzelt die notwendigen Folgerungen aus einem Analogieschluß zu § 59 gezogen werden. Schrecken die Vertreter der Meinung, nach der § 59 angewendet werden soll, in den Fällen der §§ 216, 217 angesichts einer Leiche davor zurück, ein versuchtes Tötungsdelikt anzunehmen, so hindert sie die Vollendung einer Entwendung nicht daran, wegen einer versuchten Vermögensstraftat zu bestrafen. Dogmatisch unterscheiden sich diese Fälle aber nicht. Deshalb kann z.B. der Dieb, der eine fremde bewegliche Sache in Zueignungsabsicht weggenommen hat, nicht wegen versuchter Entwendung bestraft werden (einerlei ob gem. § 242 oder § 248a), auch wenn er sich über den Wert der gestohlenen Sache geirrt hat. Da eine vollendete Diebstahlshandlung vorliegt, ist es ein Unding, den Täter wegen versuchter Tat zu bestrafen <sup>1)</sup>.

Die Uneinigkeit der Meinungen hinsichtlich dieser Irrtumsprobleme zeigt sich gerade hier bei den Rechtswidrigkeitsmerkmalen im besonderen Maße. So werden z.B. im Leipziger Kommentar drei verschiedene Ansichten vertreten: Nach Jagusch soll bei der irrtümlichen Annahme der Geringwertigkeit (angeblich nach § 59) ebenso vollendete Notentwendung vorliegen wie bei irrtümlicher Unkenntnis <sup>2)</sup>. Werner dagegen nimmt straflosen Versuch eines Mundraubs (§ 370 Nr. 5) an, wenn der Täter einen verhüllten Gegenstand in der irrigen Meinung entwendet, es handle sich um eine der in § 370 Nr. 5 genannten Sachen, während er bei der irrtümlichen Unkenntnis Bestrafung wegen vollendeten Diebstahls (bzw. Unterschlagung) fordert <sup>3)</sup>.

1) Zustimmend Schwarz-Dreher, § 370 Anm. 5 E; anders bei § 248a Anm. 4

2) LK, § 248a Anm. 4

3) LK, § 370 Nr. 5 Anm. V 11

Nach Mezger schließlich soll (angeblich bei analoger Anwendung des § 59) die irrtümliche Annahme (wie bei Jagusch) zur vollendeten Tat nach § 370 Nr. 5 (bzw. §§ 248a, 264 a) führen, während die irrtümliche Unkenntnis (wie bei Werner) die Bestrafung wegen vollendeten Diebstahls (bzw. wegen vollendeter Taten nach §§ 246, 263) mit sich bringen soll <sup>1)</sup>. Daneben machen v. Liszt-Schmidt und Schwarz-Dreher weitere Lösungsvorschläge. Schwarz-Dreher behaupten ebenfalls, den § 59 anzuwenden. Sie nehmen mit dieser Begründung bei der irrtümlichen Unkenntnis der Geringwertigkeit versuchten Diebstahl an <sup>2)</sup>, obwohl § 242 unbestreitbar verwirklicht ist und nur durch eine andere Norm verdrängt werden könnte. Dagegen lassen v. Liszt-Schmidt den Irrtum über Rechtswidrigkeitsmerkmale immer irrelevant sein, da es nur auf ihr objektives Vorliegen und nicht auf die Vorstellungen des Täters ankomme <sup>3)</sup>. Sie gelangen damit bei der irrtümlichen Unkenntnis zum selben Ergebnis wie Jagusch (Bestrafung nach §§ 248a, 264a, 370 Nr. 5), während trotz irrtümlicher Annahme der Milderungstatsachen die Grundnormen anwendbar sein sollen.

Betrachtet man die verschiedenen sich widersprechenden Lösungen, die - wie sich gleich zeigen wird - auch noch mit anderen Begründungen belegt werden, so hat das Wort Bindings, daß "die Praxis über den Irrtum zugleich eine Praxis voll schwersten Irrtums" sei <sup>4)</sup>, bis heute seine Geltung behalten. Die Feststellung Welzels, es gebe hinsichtlich dieser Irrtumsproblematik "eine absolut herrschende Meinung in Praxis und Lehre" <sup>5)</sup>, muß deshalb eine hoffnungsfrohe Zukunftsvision bleiben.

Zu den auf § 59 gestützten Meinungen (Leipziger Kommentar und Schwarz-Dreher) wurde bereits Stellung genommen. Was v. Liszt-Schmidt betrifft, so verkennen sie, daß sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auch auf die strafmildernden Umstände beziehen müssen, da ihnen sonst die persönliche Zurechenbarkeit und damit die strafrechtliche Bedeutung fehlen würde <sup>6)</sup>. Die Tatsache, daß sie nicht zum gesetzlichen Tatbestande i. S. des § 59 gehören, macht sie noch nicht zu objektiven Bedingungen der Strafbarkeit.

Maurach und sein Schüler Lohner stellen bei allen Merkmalen der Schuldmitde-

1) LK, § 59 Anm. II 13

2) Schwarz-Dreher, § 248a Anm. 4; entgegengesetzt aber bei § 370 Nr. 5 Anm. 5E

3) v. Liszt-Schmidt, S. 292. Ebenso Frank, § 248a Anm. IV 3, anders bei § 370 Nr. 5 (§ 370 Anm. V 3 a)

4) Binding, Normen III, Vorwort

5) Welzel, Niederschriften, Bd. 2, S. 6

6) Vgl. die abweichende Meinung Martens' (Martens, S. 32), auf die noch eingegangen wird. Siehe unten S. 75

rungsgründe, also auch bei den Rechtswidrigkeitselementen der §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5, auf die Täterpsyche ab. Sie subjektivieren alle objektiv gefaßten Umstände, da man nur so der ratio legis dieser Bestimmungen gerecht werden könne<sup>1)</sup>. Mit dieser Begründung kommen sie zum selben Ergebnis wie Mezger: Es liege jeweils diejenige vollendete Straftat vor, deren tatsächliche Voraussetzungen sich der Täter vorgestellt hat. Maurachs und Lohners Begründung kann aber in zweierlei Hinsicht nicht überzeugen; Einmal ist nicht einzusehen, wie aus den objektiven Rechtswidrigkeitsmerkmalen der §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 subjektive Umstände werden können. Der Begriff des "Handlungsunwerts" kann diese objektiven Elemente nicht subjektiv machen, da hier objektiv andere - weniger wertvolle - Güter verletzt werden als in §§ 242, 246, 264. Auch die ratio legis, mit der von Maurach und Lohner bei der Subjektivierung dieser Umstände argumentiert wird, kann als Begründung nicht überzeugen. Der gesetzgeberische Grund einer Norm kann ihrer Auslegung dienen, d. h. zur Bestimmung von Inhalt und Umfang der Rechtsbegriffe herangezogen werden. Es soll vermieden werden, daß die Fassung einer Norm ihrem Zweck im Wege steht. Deshalb ist es z. B. möglich, die subjektive Natur der von Maurach genannten "objektiven" Umstände "schwere Kränkung" in § 213, "ernstliches Verlangen" in § 216 und "Unehelichkeit des Kindes" in § 217 im Wege der Auslegung zu ermitteln, da es sich um Schuldumstände handelt. Bezüglich der in §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 enthaltenen Rechtswidrigkeitsmerkmale ist eine solche Interpretation ausgeschlossen, da die Rechtswidrigkeit im Gegensatz zur Schuld zumindest nicht stets subjektiven Charakter trägt. Faßt man diese Rechtswidrigkeitsmomente dennoch subjektiv auf, so wird die ratio legis an die Stelle der einzelnen Umstände gesetzt. Dies ist aber nicht möglich, da die Auslegung einer strafrechtlichen Norm "innerhalb des durch den gesetzlichen Tatbestand gezogenen Rahmens" bleiben muß<sup>2)</sup>. §§ 248a, 264a, 370 Nr. 5 stellen aber in ihren Rechtswidrigkeitselementen eindeutig auf objektive Gegebenheiten ab und lassen eine subjektive Deutung nicht zu. Erscheint deshalb bereits die Subjektivierung undurchführbar, so bringt sie andererseits auch nicht die Lösung der Irrtumsprobleme. Entgegen der von Maurach und Lohner vertretenen Meinung kann man sich über subjektive Merkmale irren, wie oben nachgewiesen wurde<sup>3)</sup>.

Zum gleichen Ergebnis wie Maurach und Lohner gelangen auch Schönke-Schröder, die es aus dem "Schuldprinzip" ableiten<sup>4)</sup>. Unter diesem Begriff kann nun aber Verschiedenes verstanden werden. Mangels näherer dogmatischer Ausgestaltung ist deshalb eine Stellungnahme nicht möglich. Zudem können solche Lösungen

1) Maurach, AT, S. 224; Lohner, S. 142 ff., 44 f.

2) Schröder, MDR 1947, 88

3) Siehe oben Seite 39 ff., insbesondere S. 42 ff.

4) § 59 Anm. VI 7 und 8

auf Grund allgemeiner Gesichtspunkte grundsätzlich nicht gebilligt werden. Zumindest müßte erst einmal das dogmatisch richtige Ergebnis gesucht und gegebenenfalls zur Aufrechterhaltung der Autorität der Rechtsordnung auch ein ungerechtes und unzweckmäßiges Ergebnis in Kauf genommen werden, wie man z. B. auch einem launischen Vorgesetzten gehorcht, damit die Ordnung der Truppe erhalten bleibt. Der Gehorsam gegenüber dem Gesetz hat erst dort seine Grenzen, wo eine Norm mit dem allgemeinen sittlichen Kulturbewußtsein in Widerspruch steht. Deshalb kann ausnahmsweise bei offensichtlich verwerflichem Ergebnis von gesetzlichen Vorschriften abgewichen werden, wenn die Einhaltung des Rechts dessen Ansehen stärker gefährden würde als dessen Außerachtlassung <sup>1)</sup>. Auch bei der Verletzung des Schuldhaftungsprinzips sind solche Fälle denkbar. Es muß jedoch in jedem Einzelfall ein sorgfältiger Nachweis erbracht werden, daß die gesetzliche Lösung gegen die Grundsätze des Schuldstrafrechts verstößt.

Daniel kommt zum gleichen Resultat wie Mezger, Maurach und Schonke-Schroder. Er sieht in allen Merkmalen der Schuldumstände, also auch in den Umständen "geringer Wert" und "geringe Menge" des § 370 Nr. 5 - §§ 248a, 264a wurden erst später eingeführt - unzutreffenderweise Schuldumstände, die er auch nicht nach ihrer Zugehörigkeit zu verschiedenen Schulselementen unterscheidet <sup>2)</sup>.

Ähnlich wie Daniel argumentiert auch Lange. Er berücksichtigt nur die "überwältigenden Motive", läßt also sowohl die zur Schuldfähigkeit gehörenden Elemente als auch die Rechtswidrigkeitsmomente außer Betracht <sup>3)</sup>. Deshalb kann seine Lösung, die derjenigen Daniels entspricht, auch nur für die Schuldumstände Bedeutung haben, die nur normative Schuldumstände und keine Rechtswidrigkeitsmerkmale enthalten (§§ 157, 216 und 313 Abs. 2). Auch sein Hinweis auf die Neufassung des § 157 trifft aus diesem Grunde nur in diesem beschränkten Umfang das Problem.

Erik Wolf kommt wie Jagusch zu dem Ergebnis, daß der Täter, der sich über das Vorliegen eines zu den Schuldumständen gehörenden Rechtswidrigkeitselements irrt, sowohl bei irrtümlicher Annahme als auch bei irrtümlicher Unkenntnis wegen vollendeter Nottat bzw. vollendeten Mundraubs zu bestrafen ist. Wie bereits dargelegt, stellt er darauf ab, daß es sich um einen Irrtum über normative Tatstände und damit um einen Verbotsirrtum handle <sup>4)</sup>. Schon bei der Erörterung des gesetzlichen Tatbestandes wurde die Unhaltbarkeit dieser Ansicht nachgewiesen <sup>5)</sup>.

---

1) Reichel, S. 142

2) Daniel, S. 41

3) Lange, Niederschriften, Bd. 1, S. 121

4) Erik Wolf, MonKrimPsych XX, 669 f.

5) Siehe oben Seite 38 f.

Wie Jagusch und Erik Wolf entscheidet auch Martens, der außer den genannten Rechtswidrigkeitsmerkmalen in der alsbaldigen Verbrauchsabsicht des § 370 Nr. 5, die oben als primär-psychischer Schuldumstand innerhalb des normativen Schuld-elements qualifiziert wurde <sup>1)</sup>, ein weiteres Rechtswidrigkeitselement kennt. Er begründet seine Lösung bei der irrtümlichen Annahme mit einem Analogieschluß zu der Regelung der irrtümlichen Annahme von Rechtfertigungsgründen <sup>2)</sup> und bei der irrtümlichen Unkenntnis damit, daß es Tatbestandsmerkmale gebe, die zu der Täterpsyche in keiner Beziehung zu stehen brauchen, "ohne darum gleich objektive Bedingungen der Strafbarkeit zu sein" <sup>3)</sup>. Beides erscheint dogmatisch nicht haltbar. Die Rechtswidrigkeitsmerkmale müssen von Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit umfaßt werden, oder es handelt sich um objektive Bedingungen der Strafbarkeit. Tertium non datur. Bei jeder anderen Entscheidung müßte es sich um strafrechtlich irrelevante Umstände handeln, da ihnen die persönliche Zurechnung fehlt. Der vorgeschlagene Analogieschluß schließlich erscheint völlig verfehlt: Martens behandelt den Irrtum über Rechtfertigungsgründe nach § 59. Wenn er nun eine strafrechtliche Regelung analog anwenden will, so kommt doch nur § 59 selbst in Frage. Daß aber ein solcher Analogieschluß nicht möglich ist, wurde von Martens klar erkannt und mit eingehender Begründung belegt <sup>4)</sup>. Er zieht ja auch nicht die Folgerungen, die sich aus § 59 ergeben würden.

Da keine der vorgeschlagenen Lösungen dogmatisch befriedigen kann, muß auf den Ausgangspunkt der Betrachtungen zurückgegangen werden: Können die Milderungsvorschriften analog angewendet werden, wenn sich der Täter über das Vorliegen eines Rechtswidrigkeitsmerkmals irrt? Daß dieser Fall im Gesetz nicht geregelt ist, hat sich bereits gezeigt. Die Schuldmilderungsgründe der §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 erfassen nur diejenigen Taten, bei welchen die Rechtswidrigkeitsmerkmale tatsächlich gegeben sind, und ergeben auch keinen direkten Hinweis für die Lösung der Irrtumsfälle. Das Fehlen einer rechtlichen Regelung läßt also einen Analogieschluß zu, wenn eine Ähnlichkeit zu einer rechtlichen Regelung festgestellt werden kann.

Die Schuldmilderungsgründe dienen in besonderem Maße dem Schuldhaftungsprinzip. Das kommt in erster Linie in ihren Schuldumständen zum Ausdruck, daneben aber auch in den Merkmalen, die die Minderung der Rechtswidrigkeit gegenüber dem Normalfall betreffen. Der Gesetzgeber will bei §§ 248a, 264a und 370 Nr. 5 diejenigen Taten milder bestraft wissen, bei denen neben der geringeren Schuld

---

1) Siehe oben Seite 24 f.

2) Martens, S. 40 ff.

3) Martens, S. 32

4) Martens, S. 24 ff.

auch die Rechtswidrigkeit gemindert ist. Die Rechtswidrigkeitsmerkmale wurden oben "mittelbare Schuldelemente" genannt, da Vorsatz und Fahrlässigkeit über ihre persönliche Zurechnung entscheiden. Die Bestrafung ist immer davon abhängig, daß die Rechtswidrigkeitsmerkmale - abgesehen von den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit - von Vorsatz und Fahrlässigkeit umfaßt sind. Die Tat ist deshalb stets aus der Sicht des Täters zu beurteilen <sup>1)</sup>. Von seinem Standpunkt aus macht es aber keinen Unterschied, ob die Umstände, die die Rechtswidrigkeit mindern, wirklich vorliegen oder ob er sie sich nur vorstellt. Beiden Fällen ist gemeinsam, daß der Täter weniger schwer gegen die Rechtsordnung verstoßen will. Damit liegt hier die für einen Analogieschluß erforderliche Ähnlichkeit vor; Im psychologischen Schuldelement macht es keinen Unterschied, ob die Rechtswidrigkeitsmerkmale nur in der Vorstellung des Täters oder ob sie wirklich vorhanden sind. Bei der irrtümlichen Annahme ist deshalb ein Analogieschluß gerechtfertigt; §§ 248a, 264a, 370 Nr. 5 sind in diesen Fällen entsprechend anzuwenden. Es kann also denjenigen Autoren und Vertretern der Rechtsprechung zugestimmt werden, die die Schuldumilderungsgründe hier analog heranziehen. Allerdings muß der Analogieschluß auf die Rechtswidrigkeitsmerkmale beschränkt bleiben. Wenn deshalb die Vertreter der Ansicht, die angeblich § 59 direkt oder analog, in Wirklichkeit aber die Schuldumilderungsgründe selbst entsprechend anwenden, die Analogie auch hinsichtlich der Schuldumstände bejahen, so kann diese Meinung insoweit nicht geteilt werden. Dies gilt erst recht für die Lösung derjenigen Autoren, die den Analogieschluß zwar ausdrücklich fordern, aber auf die Schuldmerkmale beschränkt wissen wollen <sup>2)</sup>. Bezüglich der Rechtswidrigkeitsmerkmale wird in Ergebnis und Begründung - wenn letztere auch stets falsch bezeichnet ist - weitgehend von Literatur und Rechtsprechung das richtige Ergebnis getroffen: Baumann <sup>3)</sup>, Dreher-Maassen <sup>4)</sup>, Fraeb <sup>5)</sup>, Frank <sup>6)</sup>, Gerland <sup>7)</sup>, Geyer <sup>8)</sup>, Halschner <sup>9)</sup>, Heimberger <sup>10)</sup>.

1) Dieser Gedanke liegt auch dem § 59 zugrunde. Deshalb wird so oft mit dieser Vorschrift argumentiert. Da § 59 aber die strafmildernden Umstände nicht betrifft und zugleich kein vernünftiges Ergebnis finden laßt, kann er hier nicht herangezogen werden. Das ändert nichts daran, daß die Lösung des Problems mit Hilfe der Vorsatzlehre - wenn auch nicht in der negativen Ausprägung, die sie in § 59 erfahren hat - gefunden wird.

2) Martens, S. 51; Nagler, LK, 6. Aufl., § 59 Anm. VII; v. Liszt-Schmidt, S. 292; Thierfelder, S. 116

3) AT, S. 329 ff.

4) § 59 Anm. 3

5) GS 99, 460

6) § 59 Anm. III; allerdings abweichend in § 248a Anm. IV 3, dagegen wie hier in § 370 Nr. 5 Anm. III 2 a

7) S. 137

8) BT, S. 7

9) Bd. I, S. 271 ff.

10) S. 61

Köhler <sup>1)</sup>, Kohlrausch-Lange <sup>2)</sup>, Hellmuth Mayer <sup>3)</sup>, Merkel <sup>4)</sup>, Meyer-Allfeld <sup>5)</sup>, Mezger <sup>6)</sup>, Schaffstein <sup>7)</sup>, Schwarz-Dreher <sup>8)</sup>, Schwinge <sup>9)</sup>, Welzel <sup>10)</sup>, Wendt <sup>11)</sup> sowie das Reichsgericht <sup>12)</sup>, das Reichsmilitärgericht <sup>13)</sup> und der Bundesgerichtshof <sup>14)</sup>.

Umgekehrt muß der Täter, dem tatsächlich vorliegende Rechtswidrigkeitselemente der Schuld-milderungsgründe unbekannt sind, nach dem Ausgangstatbestand bestraft werden. Dieses Ergebnis läßt sich ohne Schwierigkeiten aus den allgemeinen Strafrechtsregeln ableiten; Da der Normalfall im Schuld-milderungsgrund stets enthalten ist, liegen immer die Voraussetzungen beider Normen vor, wenn der Täter gegen die mildere verstoßen hat. Nach den Grundsätzen der Konkurrenz-lehre wird aber der Grundtatbestand vom Schuld-milderungsgrund verdrängt. Ist nun keine psychische Beziehung zwischen dem Täter und den Rechtswidrigkeits-merkmalen der Milderungsvorschrift vorhanden, so kann ihm die mildere Norm nicht zugute kommen, da insoweit die Voraussetzungen des psychologischen Schuld-elements nicht vorliegen. Der verwirklichte Ausgangstatbestand (§§ 242, 246, 263) kann deshalb nicht verdrängt werden, so daß der Täter aus ihm zu bestrafen ist. Zu diesem Ergebnis kommen mit ähnlicher Begründung Baumann <sup>15)</sup>, Hälschner <sup>16)</sup>, Kohlrausch-Lange <sup>17)</sup> und Hellmuth Mayer <sup>18)</sup>.

---

1) AT, S. 297 f.

2) § 59 Anm. VII und § 217 Anm. I

3) AT, S. 249

4) JW 1925, 897 f.

5) S. 166 f.

6) Lb., S. 322 ff.; StuB. AT, S. 179 f.; LK, § 59 Anm. II 13

7) Göttinger-Festschrift, S. 185 f.

8) § 59 Anm. C 3 a

9) § 98 Anm. III 2

10) S. 69; Niederschriften Bd. 2, S. 6

11) JZ 1951, 723 f.

12) RGSt 69, 315

13) RMG 4, 100 f.; 9, 175

14) BGHSt 1, 207

15) S. 329 f.

16) Bd. I, S. 271 ff.

17) § 59 Anm. VII und § 217 Anm. I

18) AT, S. 249

## 4) Kritik

Die meisten Lösungsvorschläge wurden bereits im Rahmen der Darstellung der eigenen Meinung kritisch gewürdigt, so daß es hier genügt, wenn zu den restlichen Ansichten Stellung genommen wird.

Zunächst ist etwas zur Gruppe derjenigen Autoren zu sagen, die die Beachtlichkeit des Irrtums davon abhängig machen, daß das Gesetz eine Willensbeeinflussung des Täters durch den Umstand fordert, über dessen Vorliegen er sich irrt <sup>1)</sup>. Daß nicht alle Merkmale der Schuld-milderungsgründe gleich behandelt werden können, hat sich als richtig herausgestellt. Es ist aber nur halbe Arbeit getan, wenn man bei der Unterscheidung stehen bleibt, ob es sich um objektiv oder subjektiv gefaßte Merkmale handelt. Für die Irrtumsproblematik hat diese Unterscheidung nichts zu besagen. Mit Recht hat sich deshalb Frank gegen eine unterschiedliche Behandlung der Irrtumsfragen bei den einzelnen Milderungs-fällen ausgesprochen, die darauf abstellt, ob das Gesetz die mildere Strafe von der Kenntnis gewisser Umstände abhängig macht <sup>2)</sup>.

Die Lösung derjenigen Schriftsteller, die bei irrümlicher Annahme und Unkenntnis jeweils Strafbarkeit aus den milderen Vorschriften annehmen (Jagusch, Martens und Erik Wolf), trägt neben dogmatischen Fehlern einen inneren Widerspruch in sich. Daß einmal das objektive Vorliegen der Milderungsumstände und im anderen Falle die Tätervorstellung entscheidend sein soll, läßt sich auch nicht mit dem Grundsatz des "in dubio mitius" begründen. Der Täter, der die privilegierende Situation irrümlich nicht kennt, hat sich unbestreitbar nach der im Schuld-milderungsgrund enthaltenen Grundnorm strafbar gemacht, und es gibt keinen Zweifel, der zugunsten des Täters gehen inüßte. Auch steht dieser Meinung das Schuldhaftungsprinzip entgegen: Der Täter, der nicht weiß, daß er unter privilegierenden Umständen handelt, darf nicht demjenigen gleichgestellt werden, der die schuld-mildernden Tatsachen kennt.

Oetker entnimmt seine Lösung der Überschrift vor §§ 51 ff. <sup>3)</sup>. Aus dem Schweigen des Gesetzes bezüglich der Strafmilderungsgründe in § 59 könne man entweder schließen, daß die Entscheidung dem richterlichen Ermessen überlassen sein sollte, was unwahrscheinlich sei, oder daß die härtere Strafe eintreten solle, was dem Grundsatz des "in dubio mitius" widerspreche und gegen die Überschrift des Abschnitts vor §§ 51 ff. verstoße. Da diese lauter "Gründe welche die Strafe ausschließen oder mildern" und § 59 die Grundsätze über den Irrtum erschöpfend regeln wolle, bleibe nur die Annahme übrig, es solle die mildere Strafe eintreten.

1) Nachweise siehe oben S. 59 Anm. 7

2) Frank, § 59 Anm. III 2

3) Oetker, GS 93, 81 f.

Mit Recht hat schon Binding die Schlüssigkeit dieses Vorbringens verneint <sup>1)</sup>. Hätte der Gesetzgeber diese Regelung gewollt, so wäre es doch das einfachste gewesen, sie auszusprechen. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers muß deshalb entnommen werden, daß die Lösung der Irrtumsprobleme im Zusammenwirken von Lehre und Praxis nach den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen erarbeitet werden soll.

Ortmann will die Versuchsvorschriften anwenden und kommt zu dem Ergebnis, daß jeweils der Versuch derjenigen Straftat vorliegt, die sich der Täter vorgestellt hat. Das ergebe sich aber nicht aus § 59 sondern direkt aus § 43 <sup>2)</sup>. Ortmann wendet aber trotz gegenteiliger Behauptung § 59 unmittelbar an: Nur deshalb kann er bei irrtümlicher Annahme des Täters, die Voraussetzungen der Schuldmilderungsgründe lägen vor, seine Strafbarkeit nach dem Grundtatbestand verneinen und zum Versuch der milderen Vorschrift kommen. Daß dieses Ergebnis weder dogmatisch möglich noch im Ergebnis haltbar ist, wurde bereits ausführlich erörtert.

#### 5) Zusammenfassung des Ergebnisses (zu I)

- a) Die irrtümliche Annahme eines Schuldmilderungsgrundes führt zur Anwendung der Milderungsvorschrift.

Bei den (reinen) Schuldumständen treten Irrtumsprobleme überhaupt nicht auf. Da sie nicht Gegenstand des Vorsatzes sein können, hat es keinen Sinn, nach der Bedeutung einer tatirrtümlichen Annahme zu fragen. Die Vorstellungen des Täters müssen insoweit notwendigerweise gegenstandslos sein, da allein seine psychische Lage maßgeblich ist.

Bei der irrtümlichen Annahme von Rechtswidrigkeitselementen wird das Ergebnis durch die analoge Anwendung der Milderungsvorschrift gewonnen.

- b) Die irrtümliche Unkenntnis eines Schuldmilderungsgrundes macht die mildere Norm unanwendbar. Der Täter wird aus dem Ausgangstatbestand bestraft.

Für die Schuldmerkmale ergibt sich dies wiederum aus der Erkenntnis, daß ein Irrtum nicht möglich ist. Die in den Schuldmilderungsgründen beschriebene (bzw. vermutete) innere Situation des Täters liegt nicht vor (bzw. es fehlen die Voraussetzungen der Vermutung).

Hinsichtlich der Rechtswidrigkeitselemente bietet das Ergebnis keine Schwierigkeiten: Es fehlt die innere Beziehung des Täters zur Rechtswidrigkeit des Schuldmilderungsgrundes, so daß die Grundnorm, deren Voraussetzungen notwendigerweise vor-

1) Binding, Normen III, S. 314

2) Ortmann, GS 30, 37

liegen, Anwendung findet.

c) Bezüglich der "mildernden Umstände" ist dieses Ergebnis direkt verwertbar, soweit es sich um Gründe handelt, die die Schuld mildern. Schwört z. B. der Meineidtäter den Eid, um einem Freund zu helfen, so wird dieser schuld mildern-  
de Umstand (ein seelischer Druck lastet auf dem Täter, auch dann Berücksichtigung nach § 154 Abs. 2 finden, wenn dem Freund mit der Aussage in keiner Weise gedient sein kann <sup>1)</sup>).

d) Das hinsichtlich der Umstände, die zur Schuldfähigkeit gehören, gewonnene Resultat kann auch für die allgemeinen Fälle der verminderten Schuldfähigkeit verwendet werden (§§ 51 Abs. 2, 55, Abs. 2 und die Vorschriften des JGG., Die Beeinträchtigung der Einsichts- und Willensfähigkeit des Täters ist von seinen Vorstellungen unabhängig).

## II. DER IRRTUM ÜBER DAS BESTEHEN EINES SCHULDMILDERUNGSGRUNDES

### 1) Der Verbotsirrtum

Im Rahmen der Darlegungen über die Schuld wurde der Schuldtheorie gefolgt, die als herrschende Meinung bezeichnet werden konnte <sup>2)</sup>. Die Vertreter der im Gegensatz dazu stehenden Vorsatztheorie eröffnen dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kein selbständiges Konto innerhalb des psychologischen Schulselements. Sie sehen in ihm ein konstitutives Vorsatzmerkmal <sup>3)</sup>. Von diesem Ausgangspunkt kommend, nehmen sie bei fehlendem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in gleicher Weise wie beim Tatbestandsirrtum Ausschluß des Vorsatzes an. Darüber hinaus sollen auch die weiteren Wirkungen des § 59 eintreten: Ist die Bestrafung wegen vorsätzlicher Tat ausgeschlossen, so kann der Täter bei vermeidbarer Verbotsunkenntnis doch wegen fahrlässiger Taten bestraft werden, wenn das Strafrecht eine entsprechende Strafvorschrift kennt, § 59 Abs. 2. Demgegenüber ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit für die Vertreter der Schuldtheorie neben dem Vorsatz ein selbständiges Erfordernis. Für die letztere Schuldauffassung ist die Lehre vom Tatbestandsirrtum nichts anderes als die Vorsatzlehre mit umgekehrten Vorzeichen und der Verbotsirrtum die Kehrseite des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Eine selbständige unabhängige Bedeutung kommt dem Begriff "Irrtum" deshalb nicht zu. Er wurde vielmehr aus Gründen der Zweckmäßigkeit eingeführt, da die positiven Voraussetzungen des strafrechtlichen Vorsatzes und des Bewußtseins der

1) Vgl. Mezger, StuB. AT, S. 180

2) Siehe oben Seite 5 mit den Nachweisen in Anm. 4

3) Schröder, MDR 1951, S. 387

Rechtswidrigkeit langatmige Umschreibungen erfordern würden. Der Verbotsirrtum läßt nach der Schuldtheorie den Tatbestandsvorsatz unberührt und zeigt folgende Wirkung: Im Falle der Unvermeidbarkeit entfällt jede Schuld, es liegt ein Schuld-ausschließungsgrund vor. War die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens für den Täter erkennbar, so ist ein Strafmilderungsgrund gegeben, der auf geringerer Schuld des Täters beruht und eine Strafzumessungsregel darstellt.

Unter dem Begriff "Verbotsirrtum" ist also jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Tat bei voller Kenntnis der Tatumstände zu verstehen <sup>1)</sup>. Der Täter weiß, was er tut, nimmt aber irrig an, es sei erlaubt. Auch der Tatbestandsirrtum führt zwar im Ergebnis zum Fehlen des aktuellen Bewußtseins der Rechtswidrigkeit, weil der Täter nicht weiß, was er tut und deshalb annimmt, seine Tat sei erlaubt <sup>2)</sup>. Aus diesem Grunde kann man den Tatbestandsirrtum auch als mittelbaren Irrtum über das Verbotensein der tatbestandsmäßigen Handlung, als Verbotsirrtum aus Unkenntnis von Tatbestandsmerkmalen bezeichnen <sup>3)</sup>. Dieser "mittelbare Verbotsirrtum" wurde aber unter dem Begriff des Tatbestandsirrtums nach § 59 ausgeschieden, da der Täter hier mangels Kenntnis der tatsächlichen Tragweite seines Verhaltens die Tat überhaupt keiner Rechtmäßigkeitsprüfung unterziehen kann. Für den Verbotsirrtum im dargestellten (engeren) Sinne bleiben nur diejenigen Fälle übrig, in denen der Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung nicht auf einem Irrtum über die Tatbestandsmerkmale beruht. Der Verbotsirrtum ist gegenüber dem Tatbestandsirrtum subsidiär. Er tritt in folgenden Erscheinungsformen auf:

- a) Der Täter hält infolge Nichtkennens oder Verkennens der Ge- oder Verbotsnorm sein Verhalten für schlechthin erlaubt (sog. "abstrakter Verbotsirrtum").
- b) Der Täter hält seine tatbestandsmäßige Handlung für rechtmäßig, weil er irrtümlich an die Existenz eines Rechtfertigungsgrundes glaubt oder dessen Grenzen verkennt <sup>4)</sup>.

## 2) Das Wahnverbrechen

Andererseits kann der Täter ein in seinen sachlichen Merkmalen richtig erkanntes erlaubtes Verhalten irrtümlich für verboten oder strafbar halten. Solche Vorstellungen können die - objektiv zu fordernde - Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit nicht ersetzen. Der Täter muß straffrei bleiben, da ein solcher Irrtum stets irrelevant ist <sup>5)</sup>. Es liegt ein "Wahnverbrechen" vor, wenn der Täter irrtümlich die

1) Welzel, S. 150; BGHSt 2, 197

2) BGHSt 2, 197

3) Lang-Hinrichsen, JR 1952, 192; Warda, JR 1950, 549

4) Busch, Mezger-Festschrift, S. 168; BGHSt 2, 197

5) Bockelmann, Niederschriften, Bd. 2, S. 179; Maurach, AT, S. 407 f.; M.E. Mayer, Lb., S. 273; Schönke-Schröder, § 43 Anm. III 5; RGSt 72, 81

Strafbarkeit oder das Verbotensein seines Handelns annimmt; Lang-Hinrichsen spricht von einem "umgekehrten Verbotsirrtum" <sup>1)</sup>.

### 3) Wirkung der irrtümlichen Annahme

Nimmt der Täter irrtümlich das Bestehen eines Schuldmerkmals an, so kann dieser Irrtum allenfalls als Verbotsirrtum Bedeutung haben. Totet z.B. die eheliche Mutter ihr Kind während des durch den Geburtsvorgang herbeigeführten Erschöpfungszustandes in der Meinung, die Privilegierung des § 217 komme ihr zugute, so erhebt sich die Frage, ob diese falsche Vorstellung der Täterin einen Verbotsirrtum darstellt. Die Antwort auf diese Frage ist in der Bestimmung des Umfangs und der Intensität des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit zu finden.

Das menschliche Verhalten ist nicht erst auf Grund von gesetzlichen Strafbarkeits-erklärungen, sondern wegen der von ihnen unabhängigen Verbote und Gebote des Strafrechts rechtswidrig. "So wenig wie alles Verbotene strafbar ist, so wenig ist alles, was nicht ausdrücklich verboten ist, im Sinne einer Billigung durch die Rechtsordnung erlaubt" <sup>2)</sup>. Man ist sich deshalb heute darüber einig, daß das Bewußtsein der Strafbarkeit nicht Voraussetzung für die Bestrafung einer Person sein kann <sup>3)</sup>. Erst recht kann nicht die Kenntnis des Maßes und der Art der verwirkten Strafe gefordert werden <sup>4)</sup>. Der Täter braucht nicht zu wissen, auf welche Weise die Rechtsordnung seine Tat ahndet. Der Irrtum über die Strafbarkeit ist kein Ver-  
botsirrtum. Es genügt deshalb bei Straftatbeständen, die einen gemeinsamen Grundtatbestand haben, wenn sich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auf die spe-  
zifische Rechtsgutsverletzung bezieht, die der Ausgangstatbestand - wie die von ihm abgeleiteten Vorschriften - erfaßt <sup>5)</sup>. Daraus ergibt sich, daß der Täter das

1) Lang-Hinrichsen, LM § 154 StGB Nr. 61 Bl. 1 f.

2) BGHSt, 15, 383

3) Baumann, AT, S. 337; Beyerlein, S. 39 (mit den Literaturnachweisen in Anm. 1); Binding, Normen III, S. 471 ff.; Finger, Lb., Bd. 1, S. 244; v. Liszt-Schmidt, S. 271 (mit weiteren Nachweisen in Anm. 10); Maurach, AT, S. 377 f.; Mezger, LK, § 59 Anm. II B 14c; ders. StUB., AT, S. 187; Schönke-Schröder § 59 Anm. VI 2; BGHSt 2, 202 und 10, 41

4) a. A. waren Feuerbach, Lb., S. 99; Ortmann, GS 29, 244; ders. GS 30, 33 ff. Diese Ansicht scheint nur vertretbar, wenn man in der Abschreckung den wesentlichen Strafzweck sieht; vgl. dazu Binding, Normen II, 1, S. 360, Anm. 7. Die Ansicht Beyerleins (S. 39), Kohlrauschs (Irrtum und Schuldbegriff, S. 39 ff.) und Mezgers (Lb., S. 330), wonach der Schuldgedanke "eigentlich" auch die Kenntnis der Strafbarkeit erfordere, erscheint nicht verständlich, wenn man von anderen Strafzwecken ausgeht.

5) BGHSt 15, 383

Bewußtsein der Rechtswidrigkeit hat, wenn er irrtümlich an das Bestehen eines Schuld-milderungsgrundes glaubt. Die eheliche Mutter im obigen Fall irrt sich nur über die Strafbarkeit ihrer Tat. Sie weiß, daß ihr Verhalten - die Tötung eines Menschen - verboten ist. Ihr Irrtum ist deshalb unbeachtlich.

#### 4) Die Folgen der irrtümlichen Unkenntnis

Wie die irrtümliche Annahme ist auch die irrtümliche Unkenntnis hinsichtlich des Bestehens eines Schuld-milderungsgrundes unbeachtlich, da die Fehlvorstellungen des Täters weder die Tatbestandsmäßigkeit noch die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens betreffen. Glaubt z. B. die uneheliche Mutter, die ihr Kind während des Geburtsvorganges tötet, sie werde als gewöhnliche Totschlägerin bestraft, so wird sie durch diesen Irrtum ebensowenig belastet, wie der ehelichen Mutter die umgekehrte falsche Vorstellung nützt. Es liegt weder ein Verbotsirrtum (bezüglich des § 217) noch ein Wahnverbrechen (hinsichtlich des § 212) vor. Die Erscheinungsform der (Tötungs-) Verbotsnorm, nach der die Täterin bestraft wird, braucht ihr nicht bekannt zu sein. Sie befindet sich in einem unbeachtlichen Irrtum über die Strafbarkeit.

#### 5) Ergebnis (zu II)

Der Irrtum des Täters über das Bestehen eines Schuld-milderungsgrundes ist bei irrtümlicher Annahme und Unkenntnis ein bedeutungsloser Irrtum über die Strafbarkeit.

## ANHANG

DIE PROBLEMATIK DER SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE  
DE LEGE FERENDAA. DIE NOTWENDIGKEIT SOLCHER  
MILDERUNGSVORSCHRIFTEN

An mehreren Stellen dieser Arbeit wurde auf die zentrale Bedeutung des Schuldhaftungsprinzips für das Strafrecht hingewiesen, wonach nur die Schuld des Täters für die gerechte Strafe maßgebend sein kann. Es zeigte sich auch, daß die Schuld als die Vorwerfbarkeit der unrechtlichen Gesinnung, wie sie in der konkreten Tat zum Ausdruck kommt, ein Steigerungsbegriff ist. Ferner ergab es sich, daß der Gesetzgeber diesem Umstand durch die Aufstellung von Straferhöhungs- und Strafmilderungsgründen Rechnung trägt. Die auf dem Schuldhaftungsprinzip aufbauenden modernen Strafgesetze erfordern solche Abweichungen von den Normalfällen. Der Gesetzgeber könnte z. B. mit nur einer Tötungsstrafnorm, deren Strafdrohung von lebenslänglichem Zuchthaus bis zu sechs Monaten Gefängnis reichen würde (§§ 211 ff.), den praktischen Erfordernissen nicht entsprechen. Auch wäre darin ein Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG zu erblicken, wonach die Strafbarkeit einer Tat bestimmt sein muß. Das kann zwar nicht heißen, daß nur absolut bestimmte Strafen möglich sind, denn die formale Rechtsbestimmung muß hinter dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit zurückweichen, dessen Verwirklichung nur bei der Einführung von Strafrahen gewährleistet ist. Andererseits dürfen die Strafdrohungen aber auch nicht weiter gefaßt werden, als es unbedingt erforderlich ist, um möglichst vielen Lebenssachverhalten gerecht zu werden. Die Einführung von Sondervorschriften, die auf "Normalfällen" aufbauen und durch mildere Schuld bedingt sind, erscheint deshalb zur Vermeidung allzuweiter Strafrahen erforderlich und zweckmäßig.

B. DIE SCHULDMILDERUNGSGRÜNDE ALS  
STRAFZUMESSUNGSREGELN

Die meisten Schuldmilderungsgründe der *lex lata* stellen tatbestandliche Abweichungen der Grundtatbestände dar, in einigen wenigen Fällen handelt es sich um Strafzumessungsregeln. Gerade von der zweiten Möglichkeit sollte aber in der Gestalt von "mildernden Umständen" regelmäßig Gebrauch gemacht werden. Es ist inkonsequent, die mildernden Umstände nur in bestimmten Vorschriften einzuführen, deren Auswahl willkürlich erscheint <sup>1)</sup>. Diese Milderungsfälle sollten ferner

1) Vgl. Daws, Niederschriften, Bd. 1, S. 397. Daß im geltenden Recht gerade im Zusammenhang mit den mildernden Umständen manches im argen liegt, ist

nach Möglichkeit benannt werden, da der Gesetzgeber gem. Art. 103 Abs. 2 GG die Strafbarkeit der Straftaten soweit wie möglich festlegen und dem Richter nur soweit wie nötig die Bestimmung der Strafe überlassen soll. Dabei ist aber zu berücksichtigen, daß regelmäßig nicht alle Fallgruppen übersehen werden können und auch mit technischen, soziologischen und wirtschaftlichen Veränderungen und neuen sozial-ethischen und kulturellen Vorstellungen gerechnet werden muß<sup>1)</sup>. Es werden sich deshalb zumindest für die Zukunft nicht alle denkbaren Fälle der mildernden Umstände festlegen lassen. Dieser Tatsache kann nach dem Grundsatz der Exemplifikation (wie schon in § 213 und § 134 III des E 1960) dadurch begegnet werden, daß der Benennung der einzelnen Fälle stets die Klausel folgt: "... , oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, ...". Unbenannte mildernde Umstände ohne beispielhafte Aufzählung bestimmter Fallgruppen sollten vermieden werden, da dies nur einer Ausweitung des normalen Strafrahmens gleichkommt: In der Praxis hat es sich gezeigt, daß die mildernden Umstände dann den Charakter eines Regelstrafrahmens annehmen<sup>2)</sup>.

## C. DIE GESETZGEBERISCHE LÖSUNG DER IRRITUMSPROBLEME

### I. §§ 19 Abs. 2 der E 1960 und E 1962

§§ 19 Abs. 2 der E 1960 und E 1962 lauten:

"Wer bei Begehung der Tat irrig Umstände annimmt, welche den Tatbestand eines milderen Gesetzes verwirklichen würden, kann wegen vorsätzlicher Begehung nur nach dem milderen Gesetz bestraft werden".

Damit ist klargestellt, daß bei irrtümlicher Annahme eines Schuld-milderungsgrundes grundsätzlich die mildere Vorschrift angewendet werden soll. Auch ergibt sich, daß die strafmildernden Umstände zum gesetzlichen Tatbestande gehören sollen. Dem entsprechen auch §§ 19 Abs. 1 der E 1960 und E 1962, die nur noch die Umstände nennen, "die zum gesetzlichen Tatbestand gehören", die straferhöhenden also nicht mehr besonders erwähnen. Bereits hier liegt aber eine entscheidende Fehlkonstruktion: Wie im geltenden Recht enthalten auch in den E 1960 und E 1962 alle Schuld-milderungsgründe reine Schuldmerkmale, teilweise bestehen sie über-

---

Fortsetzung der Fußnote 1 von Seite 84:

schon früh erkannt worden; vgl. dazu Berner, Lb., S. 286 Anm. 3;

Hälschner, Bd. 1, S. 653

1) Vgl. Lange, Materialien, Bd. 1, S. 84

2) Vgl. Daws, Niederschriften, Bd. 1, S. 399

haupt nur aus solchen <sup>1)</sup>. Da der gesetzliche Tatbestand aber gerade dadurch charakterisiert wird, daß sich Vorsatz und Fahrlässigkeit auf seine Merkmale beziehen, müßte der Vorsatz auf Schuldumstände gerichtet sein. Das ist aber nicht möglich <sup>2)</sup> und wird vom Gesetzgeber auch kaum so gewollt sein. Die Begründungen der E 1960 und E 1962 lassen daran allerdings ernstliche Zweifel aufkommen, da sie innerhalb einer Aufzählung auch das Schuldmerkmal "Reizung zum Zorn" zum gesetzlichen Tatbestand rechnen <sup>3)</sup>. Dennoch dürfte mit der ganz herrschenden Meinung die Zugehörigkeit von Schuldmerkmalen als solchen zum gesetzlichen Tatbestand abgelehnt werden, da die Begründungen der E 1960 und E 1962 mit der erwähnten Aufzählung nicht "in die wissenschaftliche Auseinandersetzung um diesen Begriff eingreifen" wollen <sup>4)</sup>.

Damit regeln §§ 19 Abs. 2 nur den Irrtum über die Rechtswidrigkeitselemente der Schuldumilderungsgründe; der Streit über die Irrtumsproblematik bei den übrigen strafmildernden Umständen wird also weiter gehen. Die Tatsache, daß Irrtumsprobleme nur bei den Rechtswidrigkeitsmerkmalen auftreten, kann die Fassung der §§ 19 Abs. 2 nicht rechtfertigen, da die Begründungen ja zeigen, daß auch der Irrtum über Schuldumstände eine Regelung finden sollte. §§ 19 Abs. 2 scheinen deshalb nicht in jeder Hinsicht durchdacht zu sein: Entweder geht der Gesetzgeber davon aus, daß sich der Vorsatz auch auf Schuldmerkmale beziehen kann (was dem in Theorie und Praxis für richtig gehaltenen Verbrechensaufbau widersprechen würde), oder der gesetzliche Tatbestand umfaßt Tatumstände, auf die sich der Vorsatz nicht erstreckt (was mit §§ 16 der E 1960 und E 1962 nicht in Einklang zu bringen wäre, da diese Vorschriften wie § 59 auf den Vorsatz abstellen). Die Lücke, die laut der Begründungen der E 1960 und E 1962 durch §§ 19 Abs. 2 geschlossen werden sollte <sup>5)</sup>, wurde deshalb allenfalls geringfügig eingeengt. Dafür ergaben sich neue Probleme.

Unabhängig von diesem völlig verfehlten Ausgangspunkt lassen §§ 19 Abs. 2 aber noch weitere Fragen offen:

1. Die Behandlung derjenigen Strafmilderungsgründe, die Strafzumessungsregeln darstellen, ist überhaupt nicht berührt worden, da die Umstände dieser Vorschriften auf keinen Fall zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Die E 1960 und E 1962 enthalten aber solche Fälle, wie z.B. §§ 134 Abs. 3 zeigen.

---

1) Z.B. §§ 136 und 137 der E 1960 und E 1962, die den §§ 216, 217 entsprechen.

2) Siehe oben Seite 37

3) Begründung des E 1960 S. 125; Begründung des E 1962, S. 133

4) Begründung des E 1960 S. 125; Begründung des E 1962, S. 133

5) Begründung des E 1960 S. 126;  
Begründung des E 1962 S. 133

2. Ferner kann den §§ 19 Abs. 2 nicht entnommen werden, ob der Täter, der sich in einem Irrtum nach §§ 19 Abs. 2 befindet, wegen vollendeter oder versuchter Tat bestraft werden soll, obwohl auch diese Frage bestritten ist.
3. Schließlich blieb auch die irrtümliche Unkenntnis, die ebenfalls Gegenstand des Meinungsstreits ist, ungeregelt. Man wird deshalb vor der Frage stehen, ob ein Umkehrschluß aus §§ 19 Abs. 2 gezogen werden soll (über dessen Logik man sich streiten kann), oder ob der objektiv vorliegende Milderungsgrund dem Täter zugute kommen muß.

## II. DER EIGENE LÖSUNGSVORSCHLAG

Kann die Regelung der E 1960 und E 1962 nicht befriedigend erscheinen, so hat der Gesetzgeber im Falle des § 157 schon früher gezeigt, welcher Weg bei der Bewältigung dieser Irrtumsprobleme und zur Beseitigung der damit zusammenhängenden Streitfragen zu gehen ist. § 157 a.F. lautete:

"Hat ein Zeuge oder Sachverständiger sich eines Meineides (§§ 154, 155) oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht, so ist die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte zu ermäßigen, wenn

1. die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens nach sich ziehen konnte, oder
2. ....".

Die Folge dieser objektiven Fassung war, daß die Praxis und teilweise auch die Lehre auf das tatsächliche Vorliegen dieser Umstände abstellte und nicht auf die psychische Zwangslage des Täters <sup>1)</sup>. Weil damit aber dem Sinn des § 157 nicht entsprochen wurde, hat der Gesetzgeber diese Vorschrift durch die Strafrechtsnovelle vom 29.5.1943 (RGBl. I S. 339) neu gefaßt: "... , wenn der Täter die Unwahrheit gesagt hat, um von einem Angehörigen oder von sich selbst die Gefahr einer gerichtlichen Bestrafung abzuwenden". Er hat mit dieser subjektiven Formulierung klargestellt, daß die in § 157 beschriebene Interessenkollision den Täter zu der strafbaren Handlung motiviert haben muß und daß es deshalb keinen Unterschied macht, ob der Täter die Gesamtsituation seines Verhaltens richtig oder falsch einschätzt. Nach dieser Klärung der Irrtumsfragen durch den Gesetzgeber gab es nur noch eine einheitliche Meinung: Bei § 157 gibt es keine Irrtumsprobleme. Dieser einmal eingeschlagene Weg mußte konsequent beschritten werden, da mit ihm auch die unerfreulichen objektiven Fassungen der Schuldumstände entfal-

1) Ebermayer, LK, 3. Aufl., § 157 Anm. 1; v. Liszt-Schmidt, 25. Aufl., S. 838 Anm. 18; RGSt 43, 67 ff. und 72, 116

len würden <sup>1)</sup>.

§ 217 (§§ 136 der E 1960 und E 1962) könnte z. B. lauten:

Die Mutter, die unter dem Einfluß des Geburtsvorganges ihr Kind totet, von dem sie weiß oder annimmt, es sei unehelich, wird mit ... bestraft.

Auch diejenigen Schuldmilderungsgründe, die Rechtswidrigkeitselemente in den gegenüber den Normalfällen besonderen Merkmalen enthalten, sollten subjektiv gefaßt werden. Damit können zwar nicht alle Irrtumsprobleme beseitigt werden, weil man sich auch über subjektive Umstände irren kann. Es wäre aber klargestellt, daß es nicht auf die Tatsache der Geringwertigkeit usw. ankommt. Für die Notataren könnte folgende Fassung vorgeschlagen werden:

Wer aus Not Gegenstände entwendet oder unterschlägt, die er für geringwertig hält, wird mit ... bestraft.

Unbedingt notwendig ist diese Neufassung der Schuldmilderungsgründe zwar nicht, da es sich gezeigt hat, daß die dogmatisch richtige Lösung auch bei den jetzigen Fassungen der Schuldmilderungsgründe gefunden werden kann. Es ist jedoch eine Aufgabe des Gesetzgebers, Streitfragen aus der Welt zu schaffen, vor allem wenn sie zu Lasten des einzelnen Staatsbürgers vor Gericht gehen können.

---

1) Sie sollten generell aus dem Gesetz entfernt werden, also auch aus den Schuld-  
ausschließungsgründen, den schulderhöhenden Vorschriften und wo sie sonst im-  
mer zu finden sind.

## SCHLUSS

Jede Strafe ohne Verschulden ist "ein Stück Unkultur". In diesem Ausspruch Belings<sup>1)</sup> zeigt sich die Bedeutung der strafrechtlichen Schuld für jeden Kulturstaat. Eine Rechtsordnung kann an dem Gedanken der Strafe nur festhalten, wenn sie für schuldhaftes Verhalten verhängt wird. Sind staatliche Einwirkungen auf einen Täter nicht durch seine Schuld gerechtfertigt, so wird er nicht als vernunft- und willensbegabter Mensch, sondern als ein "schädliches Tier" betrachtet<sup>2)</sup>. Nur das Schuldhaftungsprinzip erkennt den Täter als sittliche Persönlichkeit an. Der Erfolg der menschlichen Handlungen darf deshalb für die Bestrafung eines Täters nur soweit Berücksichtigung finden, wie es die geringen Erkenntnismittel des Richters bezüglich der Einstellung des Einzelnen zu seiner Tat unbedingt erforderlich machen. Zwar ist das in erster Linie am äußeren Erfolg orientierte Strafrechtsdenken, das auf den dem frühen germanischen Strafrecht zugrunde liegenden Rachedenken zurückgeht, längst überwunden. Dies zeigt sich vor allem auch daran, daß man in der jüngsten Vergangenheit Deutschlands, als Menschen ohne Schuld verfolgt und getötet wurden, nie das Schuldhaftungsprinzip an sich in Frage stellte. Den Betroffenen wurde aber die personale Würde abgesprochen; man degradierte sie zu minderwertigen Untermenschen, die auf die Durchführung der rechtsstaatlichen Grundsätze keinen Anspruch haben<sup>3)</sup>. Hat sich so das Schuldstrafrecht allgemein durchgesetzt, gibt es immer noch Reste der Erfolgshaftung<sup>4)</sup>. Bei der Erörterung der Irrtumsproblematik dieser Arbeit zeigte es sich, daß in manchen Lösungsvorschlägen solche Überbleibsel zu finden sind. Ihre Beseitigung war ein besonderes Anliegen des Verfassers.

---

1) Beling, Unschuld, S. 15

2) Vgl. Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 201 ff., 208 mit den Literaturnachweisen in Anm. 244 a.

3) Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 208

4) Lang-Hinrichsen, ZStW 73, 210 ff., versucht nachzuweisen, daß das Schuldhaftungsprinzip schon wieder an Boden verliert. Als besonders problematisch nennt er den Beschluß des großen Senats des Bundesgerichtshofs in Strafsachen vom 8. April 1957, BGHSt 10, 259 ff.

Vgl. auch Arthur Kaufmann, Schuldprinzip, S. 257 f.

## LEBENS LAUF

Ich, Heinz Hugo Keilbach, wurde am 15. Juni 1934 in Krautheim/Jagst geboren, als Sohn des Bäckermeisters Peter Keilbach und seiner Ehefrau Frieda Keilbach geb. Kappes.

Die Volksschule besuchte ich von 1940 bis 1946 in meiner Heimatstadt. Anschließend trat ich in das humanistische Gymnasium in Donaueschingen ein. An dieser Schule legte ich 1954 die Reifeprüfung ab.

Im Wintersemester 1954/55 begann ich an der Universität Heidelberg das Studium der Rechtswissenschaft, das ich ab Wintersemester 1956/57 an der Universität München fortsetzte. Am 31. Juli 1959 legte ich an der Universität München die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Seit November 1959 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Oberlandesgericht München und bei der Regierung von Oberbayern in München. Im November 1963 legte ich den schriftlichen Teil der Zweiten Juristischen Staatsprüfung ab.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Professor Engisch meinen besonderen Dank für die Betreuung der Arbeit aussprechen.







